

**TANGGUNG GUGAT PEMERINTAH
TERHADAP KECELAKAAN PESAWAT
UDARA DI INDONESIA**

Sudiarto

**HAK MASYARAKAT HUKUM ADAT
DALAM PENGELOAAN SUMBERDAYA
ALAM**

Farida Patittingi

**PENYELESAIAN PELANGGARAN
HAM BERAT MASA LALU MELALUI
MEKANISME KOMISI KEBENARAN
DAN REKONSILIASI**

A. Muhammad Fajar Akbar

**EKSISTENSI YAYASAN DAN
TANGGUNG JAWAB PENGURUS
BADAN HUKUM YAYASAN**

Rajab Lestaluhu

**PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF
TERHADAP KONSEP *RESTORATIVE
JUSTICE* DALAM PEMBAHARUAN
HUKUM PIDANA**

Sukardi

**KONSEP KEARIFAN LOKAL
MASYARAKAT ADAT SEBAGAI SARANA
PENGUATAN AKSES TERHADAP
HUKUM DAN KEADILAN**

Mushawwir Arsyad

**PENDEKATAN HUKUM ISLAM
TERHADAP BUDAYA LIPAS SEBAGAI
PENGHALANG MEWARIS
DI KABUPATEN MAJENE**

Ika Novitasari

**RISALAH RAPAT UMUM PEMEGANG
SAHAM PERSEROAN TERBATAS
DALAM PERSPEKTIF *CYBER NOTARY***

Rakhmat Mushawwir Rasyidi

**KEBIJAKAN KRIMINALISASI
TERHADAP PORNOGRAFI ANAK
DALAM PERATURAN PERUNDANG-
UNDANGAN**

Hijrah Adhyanti

Kebijakan kriminalisasi mengenai pornografi anak diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Undang-Undang Perlindungan Anak dan Undang-Undang Pornografi. Mengingat bahwa Indonesia telah meratifikasi Protokol Opsional Konvensi Hak-hak Anak Dalam Perdagangan Anak, Prostitusi Anak dan Pornografi Anak, Indonesia berkewajiban mengharmonisasikan peraturan perundang-undangannya dengan protokol tersebut. Indonesia harus melakukan pembaharuan peraturan perundang-undangannya di masa mendatang. Berdasarkan kajian perbandingan dengan beberapa peraturan perundang-undangan negara lain, pembaharuan dilakukan dengan membentuk peraturan perundang-undangan khusus mengenai pornografi anak atau menyempurnakan formulasi perumusan tindak pidana pornografi anak yang ada dalam peraturan perundang-undangan saat ini dengan merinci istilah-istilah yang berkaitan dengan tindak pidana pornografi anak dan jenis-jenis tindak pidana pornografi anak.

AMANNA GAPP

Diterbitkan oleh:
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS HASANUDDIN
©2012

Amanna Gappa adalah
nama kitab hukum terkenal
yang disusun Matoa (pemimpin)
Wajo bernama Amanna Gappa
tahun 1679 berisikan hukum
laut, pelayaran dan hukum
perdata sebagai pedoman
di kawasan nusantara.

JURNAL ILMU HUKUM

AMANNA GAPPA

JURNAL ILMU HUKUM

Amanna Gappa

Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

ISSN: 0853-1609

Surat Keputusan Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Nomor 4212/H4.7/KP.23/2011 tentang Pengelola Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

Penanggung Jawab	: Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.Si., DFM
Ketua Pengarah	: Prof. Dr. M. Guntur Hamzah, S.H., M.H
Wakil Ketua Pengarah	: Prof. Dr. Musakkir, S.H., M.H
Penyunting Pelaksana	: Dr. Zulkifli Aspan, S.H., M.H
Sekretaris Penyunting	: Amir Ilyas, S.H., M.H
Dewan Penyunting	: Prof. Dr. Muhammad Ashri, S.H., M.H : Prof. Dr. Faisal Abdullah, S.H., M.H : Prof. Dr. S.M. Noor, S.H., M.H : Dr. Anshori Ilyas, S.H., M.H
Penyunting Penyelia (Ahli)	: Prof. Dr. Abdul Razak, S.H., M.H : Prof. Dr. Alma Manuputty, S.H., M.H : Prof. Dr. Irwansyah, S.H., M.H : Dr. Sudirman Saad, S.H., M.H
Bidang Pengembangan dan Informasi	: Romi Librayanto, S.H., M.H : Winner Sitorus, S.H., M.H., LLM : Aulia Rifai, S.H., M.H : Muhammad Aswan, S.H., M.Kn : Tri Fenny Widayanti, S.H., M.H
Tata Usaha dan Distribusi	: Haeranah, S.H., M.H : Muhammad Nursalam, S.H : Kaisaruddin Kamaruddin, S.H : Ismail Alrif, S.H
Tata Letak/Layout	: M. Zulfan Hakim, S.H., M.H : Muhammad Ilham Arisaputra, S.H., M.Kn : Ahsan Yunus, S.H
Alamat Redaksi	: Kantor Fakultas Hukum Tamalanrea Jl. Perintis Kemerdekaan KM. 10, Tamalanrea, Makassar, 90245. Telp/Fax: 0411-587219; 081342611688
Website	: jurnalamannagappa.com
E-mail	: admin@jurnalamannagappa.com

Hak Cipta Dilindungi Undang-Undang
Dilarang keras mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini tanpa
Izin tertulis dari penerbit

All rights reserved
Confidential information – Not to be without written permission from publisher

PERSYARATAN NASKAH

Jurnal ILMU HUKUM Amanna Gappa
Terbit Triwulan

1. Naskah bersifat ilmiah dan sistematis struktur naskah: Pendahuluan, Pembahasan dan Analisis, serta Penutup, berupa kajian terhadap masalah-masalah yang berkembang (konseptual), relevan dengan bidang-bidang ilmu hukum, gagasan-gagasan orisinal, hasil penelitian/survei, resensi buku atau bentuk tulisan lainnya yang dipandang dapat memberikan kontribusi bagi pengembangan ilmu hukum.
2. Naskah diketik dengan spasi ganda (1,5 spasi), font *Times New Roman* (12) pada ukuran kertas A4 dengan panjang naskah antara 19-20 halaman. Selain print-out, naskah juga disertai file dalam CD-RW, program MS Word.
3. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia baku atau dalam bahasa Inggris yang memenuhi kaedah-kaedah penulisan yang baik dan benar.
4. Setiap kutipan harus dinyatakan sumbernya secara tegas dengan menggunakan teknik pengutipan *Footnote*.
5. Naskah harus dilengkapi dengan Abstrak dalam bahasa Indonesia dan bahasa Inggris. Abstrak maksimal 60 kata, disertai kata kunci.
6. Naskah dilengkapi dengan Daftar Pustaka, terdiri dari: Nama Pengarang, Tahun Terbit, Judul, Tempat/Kota Terbit, dan Nama Penerbit.
7. Melampirkan *Curriculum Vitae* (termasuk alamat e-mail) penulis.
8. Penyunting dapat melakukan penyuntingan pada setiap naskah sebelum dimuat tanpa mengubah substansi naskah.
9. Karya yang dikarenakan suatu hal dan/atau tidak memenuhi persyaratan untuk dimuat, maka naskah tersebut dapat diambil kembali melalui pengelola.

Setiap naskah dapat diantar langsung atau dikirim via e-mail ke:

Alamat Redaksi:

*Dapur Jurnal. Lt. 1 Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin. Jln. Perintis
Kemerdekaan KM. 10, Tamalanrea,
Makassar, 90245. Telp/Fax: 0411-
587219; 081342611688.*

E-mail: admin@jurnalamannagappa.com
Website: jurnalamannagappa.com

DAFTAR ISI

Jurnal ILMU HUKUM Amanna Gappa

Vol. 20 Nomor 3 September 2012

KEBIJAKAN KRIMINALISASI TERHADAP PORNOGRAFI ANAK DALAM PERATURAN PERUNDANG- UNDANGAN Hijrah Adhyanti.....	259-272
TANGGUNG GUGAT PEMERINTAH TERHADAP KECELAKAAN PESAWAT UDARA DI INDONESIA Sudiarto.....	273-287
HAK MASYARAKAT HUKUM ADAT DALAM PENGELOAAN SUMBERDAYA ALAM Farida Patittingi.....	289-300
PENYELESAIAN PELANGGARAN HAM BERAT MASA LALU MELALUI MEKANISME KOMISI KEBENARAN DAN REKONSILIASI A. Muhammad Fajar Akbar.....	301-321
EKSISTENSI YAYASAN DAN TANGGUNG JAWAB PENGURUS BADAN HUKUM YAYASAN Rajab Lestalu.....	323-331
PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP KONSEP <i>RESTORATIVE</i> <i>JUSTICE</i> DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA Sukardi.....	333-341
KONSEP KEARIFAN LOKAL MASYARAKAT ADAT SEBAGAI SARANA PENGUATAN AKSES TERHADAP HUKUM DAN Keadilan Mushawwir Arsyad.....	343-351
PENDEKATAN HUKUM ISLAM TERHADAP BUDAYA LIPAS SEBAGAI PENGHALANG MEWARIS DI KABUPATEN MAJENE Ika Novitasari.....	353-367
RISALAH RAPAT UMUM PEMEGANG SAHAM PERSEROAN TERBATAS DALAM PERSPEKTIF <i>CYBER NOTARY</i> Rakhmat Mushawwir Rasyidi.....	369-376

DARI REDAKSI

Salam Hormat,

Puja dan puji syukur kami panjatkan atas kehadiran Allah swt, atas segala limpahan rahmat dan nikmat-Nya, sehingga Jurnal Ilmu Hukum AMANNA GAPPa kembali hadir di hadapan para pembaca.

Pada edisi kali ini, redaksi memuat 9 (sembilan) artikel dengan pendekatan atas permasalahan sesuai bidang masing-masing penulis. Salah satunya, tulisan oleh Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum., Guru Besar Fak. Hukum Universitas Hasanuddin, yang berjudul, “*Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Pengelolaan Sumberdaya Alam*”. Selain itu, redaksi juga memuat salah satu tulisan di bidang Hukum Penerbangan, yang berjudul “*Tanggung Gugat Pemerintah Terhadap Kecelakaan Pesawat Udara di Indonesia*,” yang ditulis oleh Dr. Sudiarto, S.H., M.Hum, dari Fakultas Hukum Universitas Mataram.

Akhir kata, kehadiran jurnal ini tentunya masih jauh dari kesempurnaan. Olehnya itu, segala masukan, kritik dan saran konstruktif dari segenap pembaca sangat diharapkan untuk mengisi kekurangan yang dijumpai dalam edisi kali ini.

Selamat Membaca.

Tim Penyunting

KEBIJAKAN KRIMINALISASI TERHADAP PORNOGRAFI ANAK DALAM PERUNDANG-UNDANGAN

Oleh:

Hijrah Adhyanti

Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

E-mail: hijrah.adhyanti@yahoo.com

Abstract: *Criminalization policy of the child pornography in the current legislation is regulated in Indonesian Penal Code, Child Protection Law, and Pornography Act. Considering that Indonesia has ratified the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, Indonesia obliged to harmonize its legislation with this protocol. Indonesia must reform its legislation in the future. Based on comparison of the several legislation among other countries, the reformation are specifically establish the child pornography act or reformulate the articles of the current legislation by detailly defining the terms related to child pornography and specified the offences of child pornography.*

Keywords: *Criminalization Policy, Child Pornography, Legislation*

Abstrak: *Kebijakan kriminalisasi mengenai pornografi anak diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Undang-Undang Perlindungan Anak dan Undang-Undang Pornografi. Mengingat bahwa Indonesia telah meratifikasi Protokol Opsional Konvensi Hak-hak Anak Dalam Perdagangan Anak, Prostitusi Anak dan Pornografi Anak, Indonesia memiliki kewajiban mengharmonisasikan peraturan perundang-undangannya dengan protokol tersebut. Indonesia harus melakukan pembaharuan peraturan perundang-undangannya di masa mendatang. Berdasarkan kajian perbandingan dengan beberapa peraturan perundang-undangan negara lain, pembaharuan dilakukan dengan membentuk peraturan perundang-undangan khusus mengenai pornografi anak atau menyempurnakan formulasi perumusan tindak pidana pornografi anak yang ada dalam peraturan perundang-undangan saat ini dengan merinci istilah-istilah yang berkaitan dengan tindak pidana pornografi anak dan jenis-jenis tindak pidana pornografi anak.*

Kata kunci: *Kebijakan Kriminalisasi, Pornografi Anak, Undang-Undang*

PENDAHULUAN

Adalah suatu kenyataan bahwa manusia selain makhluk biologis, juga merupakan makhluk sosial. Manusia selalu terdorong untuk melakukan hubungan-hubungan sosial dengan sesamanya. Dari hubungan-hubungan (interaksi sosial) tersebut, terbentuk suatu sistem sosial di mana interaksi tumbuh dan berkembang di atas dasar standar penilaian umum yang disepakati bersama di antara mereka. Standar penilaian umum tersebut adalah yang dikenal sebagai norma-norma sosial.¹

Norma adalah sarana yang dipakai oleh masyarakatnya untuk menertibkan, menuntun

¹ Otje Salman dan Anthon F. Susanto, *Beberapa Aspek Sosiologi Hukum*, (Bandung: Alumni, 2004), hal. 3

dan mengarahkan tingkah laku anggota masyarakat dalam hubungannya satu sama lain. Untuk bisa menjalankan fungsinya yang demikian itu, barangtentu harus mempunyai kekuatan yang bersifat memaksa. Paksaan ini tertuju kepada para anggota masyarakat dengan tujuan untuk mematuhi.² Norma atau kaidah-kaidah dan nilai-nilai yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat bermacam-macam ragamnya dan di antaranya merupakan salah satu kaidah adalah norma kesopanan. Norma-norma kesopanan berpijak pada tujuan menjaga keseimbangan batin dalam hal rasa kesopanan bagi setiap manusia dalam pergaulan kehidupan masyarakat.³

Nilai-nilai kesopanan yang dijunjung tinggi oleh masyarakat yang mencerminkan sifat dan karakter suatu lingkungan masyarakat bahkan suatu bangsa. Oleh karena itu, untuk menjamin terjaganya nilai-nilai kesopanan, maka negara kemudian mengadopsi nilai-nilai tersebut dalam norma-norma hukum. Nilai-nilai moral dan kesusilaan yang dipatuhi dan dipertahankan dapat membuat rasa damai dan tenteram batin setiap individu dan masyarakat. Penyerangan terhadap nilai-nilai kesusilaan oleh suatu perbuatan berarti menyerang rasa kedamaian dan ketenteraman kehidupan masyarakat keseluruhannya. Oleh karena itu, negara ikut campur dengan memasukkan nilai-nilai moral kesusilaan ke dalam norma hukum agar keberlakuannya dapat dipaksakan.

Sebagaimana diketahui, norma hukum adalah alat atau sarana untuk mengatur dan menjaga ketertiban guna mencapai suatu masyarakat yang berkeadilan dalam menyelenggarakan kesejahteraan sosial yang berupa peraturan-peraturan yang bersifat memaksa dan memberikan sanksi bagi siapa yang melanggarnya, baik itu untuk mengatur masyarakat ataupun aparat pemerintah sebagai penguasa.⁴

Hukum di Indonesia tidak hanya berfungsi sebagai sarana keamanan dan ketertiban masyarakat serta stabilitas nasional, tetapi juga sebagai sarana pembangunan masyarakat. Hukum merupakan sarana transformasi masyarakat menuju struktur, organisasi dan nilai-nilai kehidupan berbangsa dan bernegara.⁵ Hukum setidaknya mempunyai 3 (tiga) peranan utama dalam masyarakat, yakni *pertama* sebagai sarana pengendalian sosial; *kedua* sebagai sarana untuk memperlancar proses interaksi sosial; *ketiga* sebagai sarana untuk menciptakan keadaan tertentu.⁶

Utrecht⁷ menyatakan bahwa hukum bertugas untuk menjamin adanya kepastian hukum

² Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni, 1982), hal. 66

³ Adami Chazawi, *Tindak Pidana Mengenai Kesopanan*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2005), hal. 1

⁴ T. Saiful Bahri, Hessel Nogi S. Tangkulan dan Mira Subandini, *Hukum dan Kebijakan Publik* (Yogyakarta YPAPI, 2004), hal.15

⁵ C.F.G. Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta : Alumni, Cet. 1, 1994), hal. 174

⁶ Teguh Prasetya dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana: Kajian kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2005), hal. 7

⁷ E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, disadur dan direvisi oleh Moh. Saleh Djindang, (Jakarta: Sinar Harapan, 1983), hal. 21

(*rechtzekerheid*) dalam pergaulan manusia. Dalam tugas itu tersimpul dua tugas lain, yaitu harus menjamin keadilan serta hukum tetap berguna. Dalam kedua tugas tersebut tersimpul pula tugas ketiga, yaitu hukum bertugas polisionil (*politieele taak van het recht*). Hukum menjaga agar dalam masyarakat tidak terjadi main hakim sendiri. Sedangkan Mochtar Kusumaatmadja⁸ merumuskan bahwa tujuan pokok dan pertama dalam hukum adalah ketertiban. Kebutuhan akan ketertiban syarat pokok (fundamental) bagi adanya suatu masyarakat manusia yang teratur.

Di samping ketertiban, tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan yang berbeda-beda isi dan ukurannya menurut masyarakat dan zamannya. Untuk mencapai ketertiban dalam masyarakat ini, diperlukan adanya kepastian dalam pergaulan antar manusia dalam masyarakat. Hukum adalah sebuah entitas yang sangat kompleks, meliputi kenyataan kemasyarakatan yang majemuk, mempunyai banyak aspek, dimensi dan fase.⁹ Hukum sebagai *genus*, memiliki beberapa *species*, salah satunya adalah hukum pidana.

Hukum pidana menentukan perbuatan-perbuatan yang dilarang dan ancaman pidana bagi yang melanggar larangan tersebut. Berkaitan dengan nilai-nilai moral, kesusilaan atau kesopanan, maka salah satu perbuatan yang dilarang dan diancam pidana karena telah menyerang nilai-nilai tersebut adalah tindak pidana pornografi. Tindak pidana pornografi merupakan tindak pidana yang mengandung segala perbuatan yang berhubungan dengan pornografi yang dilarang oleh Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi (UU Pornografi) dan diancam dengan pidana tertentu terhadap barangsiapa yang melanggar larangan tersebut.¹⁰

Seiring dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, tindak pidana pornografi juga mengalami perkembangan, baik dari segi kuantitas maupun kualitas. Tindak Pidana pornografi tidak hanya melibatkan orang dewasa, melainkan juga anak-anak. Contohnya sebagaimana yang terjadi di Kabupaten Kutai Kertanegara, beredar 3 (tiga) rekaman video yang memuat pornografi yang dilakukan sebagian besar oleh siswa Sekolah Menengah Pertama dan Sekolah Menengah Umum yang secara hukum dikategorikan sebagai anak-anak.¹¹

Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa menyadari bahwa pornografi yang melibatkan anak terutama melalui media internet dan sarana teknologi lainnya semakin meningkat. Oleh karena itu, melalui Resolusi Nomor A/RES/54/263 tanggal 25 Mei 2000, ditetapkan *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of*

⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*, (Bandung: Alumni, 2002), hal. 3

⁹ Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, *Dasar-Dasar Politik Hukum*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2004), hal. 1

¹⁰ Adami Chazawi, *Tindak Pidana Pornografi*, (Surabaya: PNM, 2009), hal. 3

¹¹ Dikutip pada laman website: <http://www.fajar.co.id/read-20121020154006-heboh-tiga-video-porno-pelajar>.

Children, Child Prostitution and Child Pornography. Ketentuan ini kemudian diratifikasi oleh Pemerintah Republik Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2012 tentang Pengesahan *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Adami Chazawi¹², sependapat dengan Wirjono Projodikoro untuk menggunakan istilah tindak pidana kesopanan untuk perbuatan-perbuatan yang melanggar norma pergaulan masyarakat dan memasukkan unsur kesusilaan sebagai bagian dari kesopanan. Menurutnya, kata “kesusilaan”, telah dipahami setiap orang sebagai suatu pengertian adab sopan santun dalam hal yang berhubungan dengan seksual atau dengan nafsu birahi.¹³ Dengan demikian, kesopanan dibagi dalam 2 bidang, yaitu kesopanan di bidang kesusilaan (*zedelijkeheid*) dan kesopanan di luar bidang kesusilaan (*zedes*).¹⁴

Kebijakan Kriminalisasi Pornografi Anak dalam Perundang-undangan Saat ini

Tindak pidana pornografi anak merupakan salah satu tindak pidana kesopanan di bidang kesusilaan. Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP), tindak pidana ini tidak diatur secara khusus. KUHP hanya mengatur mengenai tindak pidana menawarkan atau memperlihatkan pornografi terhadap anak/orang yang belum dewasa, tetapi tidak mengatur ketentuan mengenai anak/orang yang belum dewasa yang dilibatkan dalam kegiatan-kegiatan maupun sebagai objek pornografi. Tindak pidana menawarkan, memberikan maupun memperlihatkan pornografi terhadap anak diatur dalam Pasal 283 KUHP yang rumusannya adalah sebagai berikut :

- (1) Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak sembilan ribu rupiah, barangsiapa menawarkan, memberikan untuk terus atau sementara waktu, menyerahkan tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan maupun alat untuk mencegah atau menggugurkan kehamilan kepada seorang yang belum dewasa, dan yang diketahui atau sepatutnya harus diduga bahwa umurnya belum tujuh belas tahun, jika tulisan, gambaran atau benda atau alat itu telah diketahuinya.
- (2) Diancam dengan pidana yang sama, barangsiapa membacakan isi tulisan yang melanggar kesusilaan di muka orang yang belum dewasa sebagaimana dimaksud dalam ayat yang lalu, jika isi tadi telah diketahuinya.
- (3) Diancam dengan pidana penjara paling lama empat bulan atau pidana kurungan paling lama tiga bulan atau pidana denda paling banyak sembilan ribu rupiah, barangsiapa

¹² Adami Chazawi, *Tindak Pidana Mengenai Kesopanan*, hal. 1 dan 3. Bandingkan dengan pendapat Roeslan Saleh yang menyatakan bahwa pengertian kesusilaan hendaknya tidak dibatasi pada pengertian kesusilaan dalam bidang seksual, tetapi juga hal-hal lain yang termasuk kepatutan bertingkah laku dalam masyarakat (Barda Nawawi Arif, *Bunga Rampai Hukum Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 2002, hal. 266). Dengan demikian, pengertian kesusilaan sama dengan pengertian kesopanan menurut Adami Chazawi dan Wirjono Projodikoro.

¹³ Ibid, hal. 2

¹⁴ Ibid, hal. 4

menawarkan, memberikan untuk terus maupun untuk sementara waktu, menyerahkan atau memperlihatkan tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan, maupun alat untuk mencegah atau menggugurkan kehamilan kepada seorang yang belum dewasa sebagaimana dimaksud dalam ayat pertama, jika ada alasan kuat baginya untuk menduga bahwa tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan atau alat itu adalah alat untuk mencegah atau menggugurkan kehamilan.

Selain ketentuan tersebut di atas, KUHP juga mengatur mengenai tindak pidana menawarkan, memberikan maupun memperlihatkan pornografi yang dapat membangkitkan nafsu berahi para remaja. Ketentuan ini diatur dalam Pasal 533 KUHP yang menentukan sebagai berikut :

Diancam dengan pidana kurungan paling lama dua bulan atau pidana denda paling banyak tiga ribu rupiah :

1. Barangsiapa di tempat untuk lalu lintas umum dengan terang-terangan mempertunjukkan atau menempelkan tulisan dengan judul, kulit atau isis yang dibuat terbaca, maupun gambar atau benda yang mampu membangkitkan nafsu berahi para remaja.
2. Barangsiapa di tempat untuk lalu lintas umum dengan terang-terangan memperdengarkan isi tulisan yang mampu membangkitkan nafsu berahi para remaja.
3. Barangsiapa secara terang-terangan atau tanpa diminta menawarkan suatu tulisan, gambar atau barang yang dapat merangsang nafsu berahi para remaja maupun secara terang-terangan atau dengan menyiarkan tulisan tanpa diminta, menunjuk sebagai bisa didapat, tulisan atau gambar yang dapat membangkitkan nafsu berahi para remaja.
4. Barangsiapa menawarkan, memberikan untuk terus atau sementara waktu, menyerahkan atau memperlihatkan gambar atau benda yang demikian, pada seseorang belum dewasa dan di bawah umur tujuh belas tahun ;
5. Barangsiapa memperdengarkan isi tulisan yang demikian di muka seorang yang belum dewasa dan di bawah umur tujuh belas tahun.

Secara historis, rumusan Pasal 283 KUHP ini adalah sama dengan rumusan Pasal 240a WvS. Mengingat bahwa kedua pasal telah berusia lebih dari setengah abad, maka perumusan tersebut sudah tidak sesuai dengan perkembangan kemajuan masyarakat saat ini.

Mengenai perlindungan terhadap anak, Pemerintah Republik Indonesia juga telah menetapkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (UU Perlindungan Anak). Dalam undang-undang ini tidak secara khusus diatur mengenai perlindungan terhadap anak terhadap tindak pidana pornografi anak. Dalam Pasal 88 undang-undang ini hanya diatur mengenai tindak pidana eksploitasi anak secara ekonomi atau seksual. Secara lengkap Pasal 88 UU Perlindungan Anak menentukan sebagai berikut :

Setiap orang yang mengeksploitasi ekonomi atau seksual anak dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah).

UU Pornografi yang ditetapkan pada tanggal 26 November 2008 memang lebih rinci dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dilarang dan dibatasi. Pasal 4 sampai dengan Pasal 12 UU Pornografi menentukan perbuatan-perbuatan yang dibatasi dan dilarang tersebut sebagai berikut :

1. Memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarluaskan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan atau menyediakan pornografi (Pasal 4 ayat [1]);
2. Menyediakan jasa pornografi (pasal 4 ayat [2]);
3. Meminjamkan atau mengunduh pornografi (Pasal 5);
4. Memperdengarkan, mempertontonkan, memanfaatkan, memiliki, atau menyimpan produk pornografi (Pasal 6);
5. Mendanai atau memfasilitasi perbuatan memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarluaskan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan atau menyediakan pornografi (Pasal 7);
6. Dengan sengaja atau persetujuan dirinya menjadi objek atau model yang mengandung muatan pornografi (Pasal 8);
7. Menjadikan orang lain sebagai objek atau model yang mengandung muatan pornografi (Pasal 9);
8. Mempertontonkan diri atau orang lain dalam pertunjukan atau di muka umum yang menggambarkan ketelanjangan, eksploitasi seksual atau yang bermuatan pornografi lainnya (Pasal 10);
9. Melibatkan anak dalam kegiatan dan/atau sebagai objek tindak pidana pornografi (Pasal 11); dan
10. Mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalahgunakan kekuasaan atau memaksa anak dalam menggunakan produk atau jasa pornografi (Pasal 12).

Berdasarkan uraian di atas, maka ketentuan UU Pornografi yang memuat aturan mengenai larangan pornografi anak adalah Pasal 11 dan Pasal 12. Pasal 11 UU Pornografi menentukan bahwa, “Setiap orang dilarang melibatkan anak dalam kegiatan dan/atau sebagai objek sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4, Pasal 5, Pasal 6 , Pasal 8, Pasal 9 atau Pasal 10.” Sementara Pasal 12 UU Pornografi mengatur bahwa, “Setiap orang dilarang mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalah gunakan kekuasaan atau memaksa anak dalam menggunakan produk atau jasa pornografi.”

Ketentuan pidana atas pelanggaran larangan tersebut diatur dalam Pasal 37 dan Pasal 38 UU Pornografi. Pasal 37 UU Pornografi menentukan bahwa :

Setiap orang yang melibatkan anak dalam kegiatan dan/atau sebagai objek sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 dipidana dengan pidana yang sama dengan pidana sebagaimana dimaksuda dalam pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 32, Pasal 34, Pasal 35 dan Pasal 36 ditambah 1/3 (sepertiga) dari maksimum ancaman pidananya.

Selanjutnya, Pasal 38 UU Pornografi menentukan bahwa :

Setiap orang yang mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalahgunakan kekuasaan, atau memaksa anak dalam menggunakan produk atau jasa pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 6 (enam) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp. 250.000.000,- (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp. 3.000.000.000,- (tiga miliar rupiah).

Pasal 37 UU Pornografi bukan rumusan tindak pidana pornografi yang berdiri sendiri, melainkan ketentuan mengenai alasan pemberatan pidana pada semua tindak pidana pornografi. Unsur anak merupakan alasan pemberatan tindak pidana pornografi apabila anak dilibatkan dalam kegiatan tindak pidana pornografi dan/atau sebagai objek kegiatan tindak pidana pornografi. Ketentuan ini berbeda dengan ketentuan Pasal 38 UU Pornografi yang merupakan tindak pidana tersendiri.¹⁵

Kebijakan Kriminalisasi Pornografi Anak dalam Perundang-undangan Di Masa Mendatang.

Mengingat bahwa *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography (CRC on Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)* telah diratifikasi oleh pemerintah Republik Indonesia, maka telah menjadi kewajiban Pemerintah Republik Indonesia untuk melakukan harmonisasi ketentuan konvensi ini dengan peraturan perundang-undangannya di masa mendatang. Terlebih, kebijakan kriminalisasi juga tidak dapat dilepaskan dari rambu-rambu kebijakan nasional dan kebijakan global/internasional serta pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) dan pendekatan nilai (*value oriented approach*)¹⁶.

Article 2 CRC on Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography mendefinisikan pornografi anak sebagai suatu penampilan anak, dengan sarana apapun, yang melibatkan secara nyata atau seolah-olah nyata suatu aktivitas seksual atau suatu penampilan organ-organ seksual anak terutama untuk tujuan seksual (*child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes*).

Selanjutnya *Article 3 CRC on Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography* mengatur sebagai berikut:

- (1) *Each party shall ensure that, as a minimum, the following acts and activities are fully covered under its criminal or penal law, whether such offences are committed domestically or transnationally or on an individual or organized basis :*

¹⁵ Adami Chazawi, Tindak Pidana Pornografi, hal. 225

¹⁶ Barda Nawawi Arief, Kriminalisasi Kebebasan Pribadi dan Pornografi/Pornoaksi Dalam Perspektif Kebijakan Hukum Pidana, makalah "Seminar Kriminalisasi Kebebasan Pribadi dan Pornografi/Pornoaksi", Graha Santika-Semarang, 20 Desember 2005, hal.2

- (a) *In the context of sale of childrens as defined in article 2 :*
 - (i) *Offering, delivering or accepting, by whatever means, a child for the purpose of :*
 - a. *Sexual exploitation of the child ;*
 - b. *Transfer of organs of the child for profit ;*
 - c. *Engagement of the child in forced labour ;*
 - (ii) *Improperly inducing consent, as an intermediary, for the adoption of a child in violation of applicable international legal instruments of adoption.*
- (b) *Offering, obtaining procuring or providing a child for child prostitution*
- (c) *Producing, distributing, disseminating, importing, exporting, offering, Selling or possesing for the above purposes child pornography as defined in article 2.*
- (2) *Subject to the provisions of the national law of a state party, the same shall apply to an attemp to commit any of the said acts and nto complicity or participation on any of the said acts.*
- (3) *Each state party shall make such offenses punishable by appropriate penalties that take into account their grave nature.*
- (4) *Subject to the provisions of its national law, each party shall take masures, where appropriate to establish the liability of legal persons for offences established in paragraph 1 of the present article. Subject to the legal principles of the state party, such liability of legal persons may be criminal, civil or administrative.*
- (5) *State parties shal take all appropriate legal and administrative measure to ensure that all persons involved in the adoption of the child act in conformity with applicable international legal instruments.*

Selain mewajibkan pemerintah negara yang meratifikasi protokol ini untuk mengkriminalisasi dan menghukum perbuatan-perbuatan terkait dengan pornografi anak, protokol ini juga mewajibkan pemerintah untuk menyediakan aturan serta sarana pendukung lainnya bagi anak yang terlibat dalam pornografi anak. Protokol ini juga menekankan pada kerjasama internasional dan edukasi publik.¹⁷

Untuk mengetahui kebijakan kriminalisasi pornografi anak di negara-negara lain, maka berikut ini diuraikan beberapa ketentuan mengenai tindak pidana pornografi anak di beberapa peraturan perundang-undangan negara lain sebagai perbandingan.

a. *KUHP Belanda.*

Kejahatan terhadap kesusilaan diatur dalam 240 dan 240a Sr. *Article 240* ini pada mulanya pararel dengan Pasal 282 KUHP Indonesia, tetapi kemudian dirumuskan ulang pada tahun 1986. Pada intinya ketentuan ini melarang seseorang untuk mempublikasikan atau menawarkan gambar atau benda yang melanggar kesusilaan di jalan umum atau mengirimkan gambar atau benda tersebut kepada seseorang yang tidak memintanya.

¹⁷ Dikutip pada laman website: (http://www.unicef.org/crc/index_30204.html)

Pengadilan yang akan menentukan apakah suatu gambar atau benda tersebut melanggar kesusilaan, tidak perlu pembuktian dengan survei secara sosiologis. Pengecualian gambar atau benda yang melanggar kesusilaan tersebut adalah jika gambar atau benda tersebut memuat nilai-nilai artistik atau ilmu pengetahuan. Sementara ketentuan *Article 240a Sr* pada dasarnya paralel dengan Pasal 283 KUHP, tetapi telah dirumuskan ulang pada tahun 1986 dan 2001. Rumusan ketentuan ini sama dengan *Article 240 Sr*, namun penekanan pasal ini adalah pada objek/pihak yang disuplai atau pihak yang ditawarkan gambar atau benda yang melanggar kesusilaan, yaitu ditujukan pada orang yang belum dewasa (di bawah enam belas tahun).

KUHP Belanda juga mengkriminalisasikan pornografi anak (*child pornography*). Delik ini diatur dalam *Article 240b Sr*. Ketentuan ini dirumuskan pada tahun 1986 dan telah dirumuskan ulang sesuai dengan Undang-undang Kejahatan Komputer (1993). Pada tahun 1996, sanksi maksimum diperberat. Pada tahun 2002, batasan umur sebagaimana tersebut pada *paragraph* pertama dinaikkan menjadi delapan belas tahun, dan dengan adanya fabrikasi pornografi secara digital, ditambahkan kalimat “*or is seemingly involved*” (atau seolah-olah dilibatkan).

Rumusan ketentuan di atas pada awalnya ditetapkan untuk melindungi anak-anak/remaja dari eksploitasi untuk produksi barang-barang pornografi. Sejak tahun 2002, pengaturan ini juga melarang produksi atau penyebaran gambar-gambar seksual terhadap anak-anak/remaja. Kalimat memiliki (*possesses*) secara tidak langsung menyatakan bahwa karakter pornografi pada suatu benda adalah telah diketahui atau patut diduga. Dengan demikian, seseorang yang men-*download* gambar-gambar erotis dalam komputer pribadinya secara hukum disyaratkan untuk mengecek gambar-gambar tersebut tidak memuat pornografi anak.¹⁸ Ketentuan selengkapnya adalah sebagai berikut :

Article 240b

1. *A term of imprisonment of not more than four years or a fine of the fifth category shall be imposed upon a person who either disseminates, publicly displays, manufactures, imports, conveys in transit, exports or possesses an image-or data carrier containing an image-of a sexual act in which a person who clearly has not reached the age of eighteen is involved or is seemingly involved.*
2. *A term of imprisonment of not more than six years or a fine of the fifth category shall be imposed upon a person who commits any of the crimes in paragraph 1 by profession or by custom.*

b. *KUHP Queensland, Australia.*

KUHP Queensland diamandemen pada tanggal 18 Maret 2005 guna menambahkan ketentuan mengenai tindak pidana pornografi anak. Ketentuan mengenai pornografi anak

¹⁸ Nico Keijzer, “Press Offences Under the Law of the Netherlands”, makalah pada *Refreshing Course “On the Same Root and Different Development”*, Surabaya, 11 April 2006, hal. 5-15

diatur dalam Pasal 228 A, Pasal 228 B, Pasal 228 C dan Pasal 228 D¹⁹. Selengkapnya dapat dilihat sebagai berikut :

- 228 A : (1) *A person who involves a child in the making of child exploitation material commits a crime. Maximum penalty—10 years imprisonment.*
 (2) *In this section—involves a child in the making of child exploitation material includes—*
 (a) *in any way concerns a child in the making of child exploitation material;*
and
 (b) *attempts to involve a child in the making of child exploitation material.*
- 228 B : (1) *A person who makes child exploitation material commits a crime. Maximum penalty—10 years imprisonment.*
 (2) *In this section—make child exploitation material includes—*
 (a) *produce child exploitation material; and*
 (b) *attempt to make child exploitation material.*
- 228 C : (1) *A person who distributes child exploitation material commits a crime. Maximum penalty—10 years imprisonment.*
 (2) *In this section—distribute child exploitation material includes—*
 (a) *communicate, exhibit, send, supply or transmit child exploitation material to someone, whether to a particular person or not; and*
 (b) *make child exploitation material available for access by someone, whether by a particular person or not; and*
 (c) *enter into an agreement or arrangement to do something in paragraph (a) or (b); and*
 (d) *attempt to distribute child exploitation material.*
- 228 D : *A person who knowingly possesses child exploitation material commits a crime. Maximum penalty—5 years imprisonment.*

Berdasarkan uraian di atas, maka tindak pidana yang diatur dalam ketentuan ini adalah melibatkan anak dalam muatan eksploitasi anak, membuat muatan yang berisi eksploitasi anak, mendistribusikan muatan yang berisi eksploitasi anak dan diketahui memiliki muatan yang berisi eksploitasi anak.

c. *Child Trafficking And Pornography Act, 1998 , Irlandia.*

Undang-undang ini merupakan undang-undang yang khusus mengkriminalisasikan tindak pidana pornografi anak²⁰. Mengenai ketentuan tindak pidananya, diatur dalam Pasal 3, Pasal 4, Pasal 5 dan Pasal 6 undang-undang ini. Selengkapnya adalah sebagai berikut :

¹⁹ Dikutip pada laman website: <http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/ACTS/2005/05AC009.pdf>

²⁰ Dikutip pada laman website: <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/1998/en.act.1998.0022.pdf>

- (3) : (1) *Any person who organises or knowingly facilitates—*
- (a) *the entry into, transit through or exit from the State of a child for the purpose of his or her sexual exploitation, or*
 - (b) *the provision of accommodation for a child for such a purpose while in the State, shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for life.*
- (2) *Any person who—*
- (a) *takes, detains, or restricts the personal liberty of, a child for the purpose of his or her sexual exploitation,*
 - (b) *uses a child for such a purpose, or*
 - (c) *organises or knowingly facilitates such taking, detaining, restricting or use, shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 14 years.*
- (3) *In this section “sexual exploitation” means—*
- (a) *inducing or coercing the child to engage in prostitution or the production of child pornography,*
 - (b) *using the child for prostitution or the production of child pornography,*
 - (c) *inducing or coercing the child to participate in any sexual activity which is an offence under any enactment, or*
 - (d) *the commission of any such offence against the child.*
- (4) : (1) *Without prejudice to section 3, any person who, having the custody, charge or care of a child, allows the child to be used for the production of child pornography shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction on indictment to a fine not exceeding £25,000 or to imprisonment for a term not exceeding 14 years or Both.*
- (2) *For the purposes of this section—*
- (a) *any person who is the parent or guardian of a child or who is liable to maintain a child shall be presumed to have the custody of the child and, as between parents, one parent shall not be deemed to have ceased to have the custody of the child by reason only that he or she has deserted, or does not reside with, the other parent and child,*
 - (b) *any person to whose charge a child is committed by any person who has the custody of the child shall be presumed to have charge of the child, and*
 - (c) *any person exercising authority over or having actual control of a child shall be presumed to have care of the child.*
- (5) : (1) *Subject to sections 6(2) and 6(3), any person who—*
- (a) *knowingly produces, distributes, prints or publishes any child pornography,*
 - (b) *knowingly imports, exports, sells or shows any child pornography,*
 - (c) *knowingly publishes or distributes any advertisement likely to be understood as conveying that the advertiser or any other person produces, distributes, prints, publishes, imports, exports, sells or shows any child pornography,*
 - (d) *encourages or knowingly causes or facilitates any activity mentioned in paragraph (a), (b) or (c), or*
 - (e) *knowingly possesses any child pornography for the purpose of distributing, publishing, exporting, selling or showing it, shall be guilty of an offence and shall be liable—*
 - (i) *on summary conviction to a fine not exceeding £1,500 or to imprisonment for a term not exceeding 12 months or both, or*
 - (ii) *on conviction on indictment to a fine or to imprisonment for a term not exceeding 14 years or both.*
- (2) *In this section “distributes”, in relation to child pornography, includes parting with possession of it to, or exposing or offering it for acquisition by, another person, and the reference to “distributing” in that context shall be construed accordingly.*

- (6) : (1) *Without prejudice to section 5(1)(e) and subject to subsections (2) and (3), any person who knowingly possesses any child pornography shall be guilty of an offence and shall be liable— [1998.] Child Trafficking and Pornography [No. 22.] Act, 1998 :*
- (a) *on summary conviction to a fine not exceeding £1,500 or to imprisonment for a term not exceeding 12 months or both, or*
 - (b) *on conviction on indictment to a fine not exceeding £5,000 or to imprisonment for a term not exceeding 5 years or both.*
- (2) *Section 5(1) and subsection (1) shall not apply to a person who possesses child pornography—*
- (a) *in the exercise of functions under the Censorship of Films Acts, 1923 to 1992, the Censorship of Publications Acts, 1929 to 1967, or the Video Recordings Acts, 1989 and 1992, or*
 - (b) *for the purpose of the prevention, investigation or prosecution of offences under this Act.*
- (3) *Without prejudice to subsection (2), it shall be a defence in a prosecution for an offence under section 5(1) or subsection (1) for the accused to prove that he or she possessed the child pornography concerned for the purposes of bona fide research.*

Berdasarkan uraian di atas, maka tindak pidana pornografi anak yang diatur dalam undang-undang ini adalah :

1. Mengorganisasi atau memfasilitasi eksplotasi seksual terhadap anak (Pasal 3 ayat [1]);
2. Membatasi kebebasan anak dan menggunakan anak untuk dieksploitasi secara seksual (Pasal 3 ayat [2]);
3. Memperbolehkan anak yang berada dalam kekuasaannya untuk dilibatkan dalam pornografi anak (Pasal 4) ;
4. Melakukan aktivitas pornografi yang meliputi memproduksi, mendistribusi, mencetak, menerbitkan, mengimpor, mengekspor, menjual, menunjukkan, mengiklankan, memiliki untuk tujuan komersial suatu pornografi anak (Pasal 5) ;
5. Memiliki benda yang memuat pornografi anak (Pasal 6).

Bertolak dari perbandingan beberapa ketentuan di atas, maka tampak bahwa kebijakan kriminalisasi tindak pidana pornografi dalam UU Pornografi Indonesia yang berlaku saat ini bukan merupakan masalah, karena tindak pidana yang dikriminalisasikan pada dasarnya juga dikriminalisasikan di negara lain. Hal yang membedakan adalah pengaturan tindak pidana dan formulasi rumusan pasal. Negara Belanda dan Negara Bagian Queensland Australia mengandemen KUHPnya untuk mengkriminalisasikan pornografi anak, sedangkan Irlandia membuat khusus peraturan perundang-undangan mengenai tindak pidana pornografi anak. Negara Bagian Queensland Australia dan Irlandia merinci mengenai istilah-istilah yang berkaitan dengan tindak pidana pornografi anak dan jenis-jenis tindak pidana pornografi anak. Dengan demikian, Indonesia akan melakukan pembaharuan terhadap peraturan perundang-undangan di masa mendatang mengenai tindak pidana pornografi anak, maka berdasarkan kebijakan ketentuan internasional dan perbandingan peraturan perundang-undangan beberapa negara mengenai pornografi anak, Indonesia perlu membentuk undang-undang khusus yang

mengatur tindak pidana pornografi anak atau menyempurnakan formulasi perumusan tindak pidana pornografi anak yang ada dalam peraturan perundang-undangan saat ini dengan merinci istilah-istilah yang berkaitan dengan tindak pidana pornografi anak dan jenis-jenis tindak pidana pornografi anak.

PENUTUP

Simpulan

1. Kriminalisasi tindak pidana pornografi anak dalam perundang-undangan di Indonesia yang saat ini berlaku diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Undang-undang Perlindungan anak dan Undang-undang Pornografi.
2. Jika Indonesia akan melakukan pembaharuan terhadap peraturan perundang-undangan di masa mendatang mengenai tindak pidana pornografi anak, maka berdasarkan kebijakan ketentuan internasional dan perbandingan peraturan perundang-undangan beberapa negara mengenai pornografi anak, Indonesia perlu membentuk undang-undang khusus yang mengatur tindak pidana pornografi anak atau menyempurnakan formulasi perumusan tindak pidana pornografi anak yang ada dalam peraturan perundang-undangan saat ini dengan merinci istilah-istilah yang berkaitan dengan tindak pidana pornografi anak dan jenis-jenis tindak pidana pornografi anak.

Saran

1. Kebijakan kriminalisasi terhadap pornografi anak perlu disertai juga perlindungan terhadap korban tindak pidana pornografi dengan memberikan perlindungan terhadap hak dan kepentingan anak yang menjadi korban tindak pidana tersebut.
2. Untuk menegakkan peraturan perundang-undangan mengenai tindak pidana pornografi anak, perlu dilakukan kerjasama internasional mengingat tindak pidana ini seringkali merupakan tindak pidana transnasional.
3. Untuk mencegah terjadinya tindak pidana pornografi anak, maka perlu dilakukan edukasi publik dengan meningkatkan kesadaran, memberikan informasi dan edukasi agar anak-anak terlindungi dari pelanggaran berat atas hak-haknya.

DAFTAR PUSTAKA

- Adami Chazawi. 2005. *Tindak Pidana Mengenai Kesopanan*. Jakarta: RajaGrafindo Persada.
- _____. 2009. *Tindak Pidana Pornografi*. Surabaya: PNM.
- Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari. 2004. *Dasar-dasar Politik Hukum*. Jakarta: RajaGrafindo Persada.
- Mochtar Kusumaatmadja. 2002. *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*. Bandung: Alumni.

- Otje Salman dan Anthon F. Susanto. 2004. *Beberapa Aspek Sosiologi Hukum*. Bandung: Alumni, 2004.
- Saiful Bahri, T, Hessel Nogi S. Tangkulan dan Mira Subandini. 2004. *Hukum dan Kebijakan Publik*. Yogyakarta: YPAPI.
- Satjipto Rahardjo. 1982. *Ilmu Hukum*. Bandung: Alumni.
- Sunaryati Hartono, C.F.G. 1994. *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*. Bandung: Alumni.
- Teguh Prasetya dan Abdul Halim Barkatullah. 2005. *Politik Hukum Pidana: Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Utrecht, E. 1983. *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, disadur dan direvisi oleh Moh. Saleh Djindang. Jakarta: Sinar Harapan, 1983.

Sumber lainnya:

- Barda Nawawi Arief. 2005. *Kriminalisasi Kebebasan Pribadi dan Pornografi/Pornoaksi Dalam Perspektif Kebijakan Hukum Pidana*. Makalah “Seminar Kriminalisasi Kebebasan Pribadi dan Pornografi/Pornoaksi”, Graha Santika-Semarang, 20 Desember 2005.
- Keijzer, Nico. *Press Offences Under the Law of the Netherlands*. Makalah pada *Refreshing Course “On the Same Root and Different Development”*, Surabaya, 11 April 2006
- [http ://www.fajar.co.id/read-20121020154006-heboh-tiga-video-porno-pelajar](http://www.fajar.co.id/read-20121020154006-heboh-tiga-video-porno-pelajar)
- <http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/ACTS/2005/05AC009.pdf>
- <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/1998/en.act.1998.0022.pdf>
- http://www.unicef.org/crc/index_30204.html

TANGGUNG GUGAT PEMERINTAH TERHADAP KECELAKAAN PESAWAT UDARA DI INDONESIA

Oleh:

Sudiarto

Fakultas Hukum Universitas Mataram

E-mail: sudiartomataram@ymail.com

Abstract: *During this every aircraft crash our attention is always focused on carrier liability for the accident, without ever considering, whether the aircraft crash is related to the government's own accountability as air transport regulator. According to Law No. 1 Year 2009 About Flight, the government was authorized to conduct training flights in Indonesia. Seeing the authority so great that, in case of an aircraft accident in Indonesia, the transport service user can hold accountable the government, because the government is responsible in accordance with administrative law and criminal law and accountable under civil law.*

Keywords: *Plane, Accident, Government, Accountability*

Abstrak: *Selama ini, setiap kecelakaan pesawat selalu berfokus pada pertanggungjawaban perusahaan tanpa pernah mempertimbangkan, apakah kecelakaan tersebut berkaitan dengan akuntabilitas pemerintah sebagai regulator transportasi udara. Menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan, pemerintah diberi wewenang untuk mengatur dan memimpin pelatihan penerbangan yang ada di Indonesia. Melihat kewenangan pemerintah yang begitu besar, sehingga dalam kasus kecelakaan pesawat udara di Indonesia, pengguna jasa transportasi dapat meminta pertanggungjawaban pemerintah, karena pemerintah bertanggung jawab sesuai dengan hukum administratif dan hukum pidana dan akuntabel berdasarkan hukum perdata.*

Kata Kunci: *Pesawat Udara, Kecelakaan, Pemerintah, Akuntabilitas*

PENDAHULUAN

Industri penerbangan adalah industri global, dan keselamatan merupakan prioritas utama di dunia penerbangan. Kiblat industri yang sarat teknologi tinggi ini adalah ke Barat (Amerika Serikat dan Eropa Barat), tempat pesawat terbang dilahirkan dan dibesarkan selama lebih dari seratus tahun ini. Penerbangan Federal Amerika Serikat (FAA) yang memandu industri penerbangan Amerika Serikat, menjadi acuan bagi otoritas penerbangan sipil pada semua negara di dunia. Tugas dan tanggung jawab yang diberikan Kongres Amerika Serikat kepada FAA pada saat diresmikannya tahun 1958 ini menjelaskan mengenai apa itu keselamatan penerbangan dan apa tugas dan tanggung jawab regulator atau otoritas penerbangan suatu negara.

Kongres Amerika Serikat menugaskan FAA untuk memastikan derajat keselamatan yang paling tinggi dalam penerbangan (*to assure the highest degree of safety in flight*). FAA

bertanggung jawab memberikan nasihat, bimbingan, dan pengawasan (*advice, guidance, oversight*) dalam bidang keselamatan kepada industri penerbangan AS. Ada tiga unsur yang memberikan kontribusi pada keselamatan penerbangan. Pertama, pesawat terbangnya sendiri, bagaimana pesawat itu didesain, dibuat, dan dirawat. Kedua, sistem penerbangan negara, airport, jalur lalu lintas udara, dan *air traffic controls*. Ketiga, *airlines flight operations* yang berkaitan dengan pengendalian dan pengoperasian pesawat.

Dengan demikian tanggung jawab regulator penerbangan suatu negara adalah memastikan keselamatan penerbangan pada tingkat yang tertinggi pada ketiga unsur tersebut. Itulah sebabnya ketika terjadi kecelakaan beruntun awal 2007 lalu, FAA menjatuhkan penilaiannya kepada regulator atau otoritas penerbangan Indonesia, bukan kepada maskapai penerbangannya. Hanya ada dua kategori dalam standar keselamatan penerbangan global, yaitu kategori 1, *a pass* (lulus), dan kategori 2, *a failure* (tidak lulus). Bila regulator atau otoritas penerbangan suatu negara tidak kompeten, maka seluruh maskapai penerbangan di negara itu pun praktis tidak terjamin keamanannya. Itulah sebabnya setelah mendapat laporan dari FAA, Pemerintah Amerika Serikat mengeluarkan *travel warning* bagi warganya untuk menghindari menggunakan maskapai penerbangan Indonesia dalam bepergian. Sebaliknya, jika regulator negara itu lulus atau masuk kategori 1, tapi ditemukan adanya pelanggaran berat pada salah satu atau beberapa airlines di negara tersebut, maka yang terkena sanksi hanya maskapai yang melanggar tersebut, seperti terjadi dengan PIA (Pakistan Airlines). Kasus seperti PIA ini mudah dan cepat dapat diselesaikan karena ini murni kesalahan dari maskapai tersebut yang tidak ditemukan di maskapai lainnya.

Pada semua rentetan kecelakaan yang terjadi di Indonesia yang melibatkan pesawat Boeing 737-300/400 tersebut, FAA tidak menemukan adanya kesalahan dari pabrik pesawat Boeing. Dengan pengalaman 297 juta jam terbang dari 4.700 pesawat Boeing 737 yang telah menerbangkan 12 miliar penumpang hingga saat ini, sangatlah kecil kemungkinan masih adanya kesalahan pada desain ataupun proses pembuatan pesawatnya. Akan tetapi dengan mempelajari dokumen pesawat-pesawat boeing yang beroperasi di Indonesia pascakecelakaan tersebut, FAA menemukan banyaknya pelanggaran prosedur keselamatan penerbangan yang berulang oleh maskapai penerbangan Indonesia. Ironisnya lolos dari pengawasan otoritas penerbangan Indonesia.

FAA menilai regulator Indonesia tidak memiliki kompetensi yang memadai dalam menerapkan *safety oversight* sehingga tidak berani mencabut izin operasi maskapai yang melakukan pelanggaran mendasar. Regulator Indonesia juga dinilai terlalu mudah memberikan izin usaha dan operasi penerbangan kepada *unsafe airlines* yang mengakibatkan tingginya tingkat kecelakaan pesawat terbang di Indonesia.

Selain itu, FAA dan ICAO mengingatkan bahwa pertumbuhan penumpang pesawat di Indonesia sebesar 20% terlalu tinggi dan tidak wajar. Cina yang pertumbuhan ekonominya dua kali lebih tinggi dari Indonesia, pertumbuhan penumpangnya hanya 16%. Ini pun dipandang oleh Pemerintah Cina masih terlalu tinggi sehingga Cina berusaha menurunkannya hingga 14%. Salah satunya yakni dengan tidak memberikan izin operasi airlines baru hingga tahun 2010.

Untuk menekan tingkat kecelakaan penerbangannya yang saat ini termasuk yang paling tinggi di dunia, Indonesia disarankan menekan pertumbuhan penumpang pesawatnya. Indonesia diharapkan berani mencabut izin operasi maskapai-maskapai yang tidak aman, *unsafe airlines*. Tentu yang penting juga adalah menghentikan pemberian izin usaha dan operasi airlines baru. Indonesia selama ini hanya terpaku pada larangan terbang yang dikeluarkan Uni Eropa (UE) sehingga mengabaikan temuan dan penilaian FAA. Padahal, dasar pertimbangan UE menjatuhkan sanksi adalah laporan temuan dan laporan FAA yang menilai Indonesia tidak memenuhi standard keselamatan penerbangan ICAO.

Selama Indonesia masih di kategori 2 dalam penilaian FAA, UE tidak akan mencabut larangan terbangnya. Untuk dapat naik ke kategori 1, tidak ada jalan lain, Indonesia harus mau mendengarkan dan mengikuti saran FAA dan ICAO.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Teori Tanggung Gugat Pemerintah

Tidak banyak yang menggunakan kata tanggung gugat untuk mengartikan *liability*, istilah lain yang sering dipergunakan adalah *Responsibility* dan *acuntability*. Ketiga istilah tersebut dalam penggunaannya dikaitkan dengan aspek kelahirannya, yaitu: a) *Liability*, lahirnya dari asas negara hukum; b) *Responsibility*, lahirnya dari asas demokrasi; dan c) *Acuntability*, lahirnya berkaitan dengan *good governance*.¹

Istilah *liability* lebih bermakna kepada aspek yuridis dikaitkan dengan pengadilan, sedangkan *Responsibility* lebih bermakna kepada aspek Politik, sedangkan *acuntability* lebih bermakna kepada sisi moral.² Tanggung gugat Negara dan Pemerintahan adalah berkaitan dengan pemberian perlindungan (*rechtbescherming*) kepada warga negara sebagai akibat dari penggunaan wewenang oleh organ Negara dan Pemerintahan yang dilaksanakan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara.

Pemikiran yang berkaitan dengan tanggung gugat Negara dan Pemerintahan bermula atau berdasar atas pandangan dari R. Kranenburg, menurutnya ada 7 (tujuh) landasan pemikiran tentang apakah negara atau Pemerintah bisa digugat pada lembaga peradilan,

1 P. M. Hadjon, *Materi Kuliah S2 Konsentrasi Hukum Pemerintah*. Universitas Airlangga. 2009.

2 *Ibid.*

ketujuh landasan pemikiran tersebut, sebagai berikut:³

1. Konsep negara sebagai lembaga kekuasaan dikaitkan dengan konsep hukum sebagai keputusan kehendak yang diwujudkan oleh kekuasaan, menyatakan bahwa tidak ada tanggung gugat negara.
2. Konsep yang membedakan negara sebagai penguasa dan negara sebagai *fiscus*, Sebagai penguasa, negara tidak dapat digugat dan sebaliknya sebagai *fiscus* dapat saja negara digugat. Berdasarkan konsep ini, Openheim menetengahkan kriteria untuk menguji suatu hubungan hukum tersebut didasarkan atas kesejajaran para pihak.
3. Konsep yang menetengahkan kriteria sifat hak, yakni apakah suatu hak dilindungi oleh hukum Publik atautkah hukum perdata.
4. Konsep yang menetengahkan kriteria kepentingan hukum yang dilanggar.
5. Konsep yang mendasarkan pada perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) sebagai dasar untuk menggugat negara. Konsep ini tidaklah mempermasalahkan apakah yang dilanggar itu suatu peraturan hukum publik atautkah peraturan hukum perdata .
6. Konsep yang memisahkan antara fungsi dan pelaksanaan fungsi. Fungsi tidak dapat digugat tapi pelaksanaannya yang melahirkan kerugian dapat digugat.
7. Konsep yang menetengahkan suatu asumsi dasar bahwa negara dan alat-alatnya berkewajiban dalam tindak tanduknya apapun aspeknya (hukum Publik atau hukum perdata) memperhatikan tingkah laku manusia yang normal. Para pencari keadilan dapat menuntut dari negara dan alatnya agar mereka berkelakuan normal dan melahirkan kerugian-kerugian, dapat digugat. Dengan demikian, negara dapat digugat karena berfungsi yang tidak teratur.

Dari ketujuh landasan berpikir yang dikemukakan oleh R Kranenburg di atas yang berkenaan dengan, apakah negara dapat digugat, menurut penulis landasar berpikir pada angka 5, 6, dan 7 dalam perkembangannya dewasa ini masih angat relevan untuk dijadikan dasar pijakan, sedangkan dasar pemikiran pada angka 1 dan 3 sudah tidak relevan lagi, untuk dasar pijakan pada angka 2 khusus pada pemikiran negara sebagai *fiscus* dapat digugat masih relevan dijadikan dasar pijakan.

Menurut Toshiro Fuke,⁴ dari aspek historis pase perkembangan tanggung gugat terhadap negara ada 6 (enam) fase. Fase perkembangan tersebut adalah sebagai berikut:

1. *Since the liberation theory*;
2. *State liability*;
3. *Non-authoritative activities*;
4. *The walfare State*;

3 P. M. Hadjon. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, (Surabaya: Bina Ilmu, 1987), hlm. 108.

4 Yong Zhang, *Comparaive Studies On Governmental Liability In East And Southeast Asia*, Kluwer Law International, London, 1999, hlm. 1-3.

5. *The case of compulsory acquisition of property (land in particular);*
6. *Of loss/injury such as that caused by natural disaster.*

Dalam pengertian yang luas, tanggung gugat negara (*state liability*) adalah, bahwa negara akan memberikan kompensasi (penggantian) bagi setiap kehilangan atau kerugian yang timbul dan terjadi, yang disebabkan secara langsung atau tidak langsung, materiil maupun mental terhadap warga masyarakat, sebagai akibat penggunaan wewenang publik.⁵

Berdasarkan teori perwakilan dan pertanggungjawaban, dasar tanggung jawab negara terhadap perbuatan yang dilakukan oleh Pejabat Tata Usaha Negara adalah, perbuatan negara pada hakekatnya adalah perbuatan manusia manusia juga. Pemerintah ialah suatu badan hukum dan orang-orang yang bertindak untuk pemerintah merupakan wakilnya. Pemerintah itu harus diwakili oleh orang-orang tadi. Dengan kata lain perbuatan dari orang itu harus dianggap sebagai perbuatan dari pemerintah.⁶

Teori perwakilan dan pertanggungjawaban ini sama seperti yang terkandung dalam Pasal 1367 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (asas *respondeat superior*), terhadap teori ini tentu ada batas-batasnya, pembatasan tersebut adalah tindakan yang dilakukan oleh seorang Pejabat Tata Usaha Negara haruslah dalam lingkungan tugas kewajibannya sendiri.

Mengenai keterwakilan negara oleh Pejabat Tata Usaha Negara harus juga dilihat dalam aspek Hukum Perdata, aspek Hukum Administrasi dan aspek dalam Hukum Pidana. Dalam hal terjadi suatu perbuatan melanggar hukum, dapatkah pemerintah dipersalahkan atau haruskah orang yang melakukan perbuatan itu mempertanggungjawabkan sendiri, inilah yang menjadi fokus dalam penulisan ini, yaitu kapan dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang harus dipertanggungjawabkan dalam jabatan dan kapan harus dipertanggungjawabkan secara pribadi

Pendekatan Hukum Administrasi

Dalam Hukum Administrasi, hubungan yang terjadi adalah antara penguasa sebagai subyek yang memerintah, dan warga masyarakat sebagai subyek yang diperintah. Penguasa, dalam hal ini Pemerintah bertugas sebagai *bestuurszorg*, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum. Dalam melaksanakan *bestuurszorg* pihak Pemerintah sebagai penguasa tentu harus ada dan diberi wewenang. Wewenang penguasa diperoleh melalui Hukum Administrasi. H.W.R Wade,⁷ mengemukakan:

The primary purpose of administrative law, therefore, is to keep the power of government within their legal bounds, so as to protect the citizen against their abuse.

5 *Loc.cit.*

6 Sudargo Gautama. *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1955, hlm. 84.

7 Wade H.W.R dan C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, ed, New York. 1994, hlm. 5.

Dengan demikian, sebagai langkah awal perlu diketengahkan terlebih dahulu pendekatan terhadap Hukum Administrasi. Ada tiga pendekatan dalam Hukum Administrasi yang sering dipergunakan, yaitu:⁸

1. Pendekatan Kekuasaan

Pendekatan kekuasaan berkaitan dengan masalah wewenang, Menurut Henc van Maarseveen sebagaimana diikuti P.M. Hadjon, wewenang berkaitan dengan kekuasaan dalam konsep hukum Publik, wewenang merupakan suatu konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi.⁹

Berdasarkan pandangan tersebut di atas, langkah awal dalam menganalisis suatu wewenang adalah dengan menelusuri konsep wewenang dan sumber wewenang dalam hukum administrasi. Setiap Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dalam melakukan tindakan, baik berupa tindakan hukum maupun tindakan faktual diharuskan berlandaskan atas wewenang yang sah menurut hukum sesuai asas legalitas.¹⁰ Berdasarkan asas tersebut setiap Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara harus terlebih dahulu ditetapkan apa yang menjadi wewenangnya. Secara gramatikal menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, wewenang adalah hak dan kekuasaan untuk bertindak.

Prajudi Admosudirjo mengemukakan, secara umum wewenang merupakan kekuasaan untuk melakukan semua tindakan hukum Publik.¹¹ Lebih lanjut, Safri Nugraha dkk memberikan penjabaran pengertian wewenang pemerintah, sebagai berikut:¹²

1. Hak untuk menjalankan suatu urusan pemerintahan (dalam arti sempit)
2. Hak untuk dapat secara nyata mempengaruhi keputusan yang akan diambil oleh instansi pemerintah (dalam arti luas).

Setiap wewenang mempunyai komponen, ruang lingkup dan pembatasan hal ini diperlukan agar dalam pelaksanaan atau penggunaannya tidak menimbulkan ekses berupa penyalahgunaan wewenang dan sewenang-wenang, penggunaan wewenang harus tetap dapat dipertanggung jawabkan menurut hukum. Dengan menggunakan prinsip minimal, suatu wewenang sekurang-kurangnya terdiri atas 3 (tiga) komponen, yaitu:¹³

- a. Komponen pengaruh.
- b. Komponen dasar hukum.
- c. Konformitas hukum.

8 P.M. Hadjon, *Tentang Wewenang*, Makalah, Gema Peratun, MA RI, Lingkungan Peratun, Jakarta, 200, hlm. 103

9 *Loc.cit.*

10 Legalitas: *wet matigheid van bestuur=le principes de la l'egalite de l'administration.*

11 Prajudi Admosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988, hlm. 76.

12 Nugraha, Safri, et.al, *Hukum Administrasi Negara*, Center For Law And Good Governance Studies (CLGS), FH.UI, hlm. 30.

13 Hadjon, 2000. *Op.cit.*, hlm. 103

Berkaitan dengan ruang lingkup penggunaan wewenang memiliki 3 (tiga) elemen, sebagai berikut:¹⁴

- a. Elemen mengatur.
- b. Elemen mengontrol.
- c. Pemberian sanksi/penegakan hukum.

Sedangkan ruang lingkup pembatasan penggunaan wewenang dibatasi oleh aspek-aspek sebagai berikut:

- a. Aspek waktu/masa tertentu (*temporis*).
- b. Aspek tempat (*loci*).
- c. Aspek materi.
- d. Aspek *quórum*.

Negara merupakan organisasi dari suatu jabatan-jabatan; dimana jabatan-jabatan tersebut yang melaksanakan urusan pemerintahan, sebelum melaksanakan urusan pemerintahan terlebih dahulu dilekatkan suatu wewenang yang sah. Untuk memperoleh wewenang pemerintahan tersebut, dapat dilakukan melalui tiga cara, yakni atribusi, delegasi dan mandat.

Pengertian wewenang atribusi, delegasi, dan mandat dalam penulisan ini menggunakan pengertian yang ada dalam Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan (RUU AP). Yang dimaksud dengan atribusi menurut Pasal 1 angka 8 adalah kewenangan yang ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan bagi Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara, kewenangan delegasi menurut Pasal 1 angka 9, RUU AP adalah pelimpahan kewenangan untuk mengambil Keputusan Pemerintahan oleh suatu Badan kepada pihak lain untuk melaksanakan kewenangan atas tanggung jawab sendiri, sedangkan Mandat menurut ketentuan RUU AP Pasal 1 angka 10 adalah penugasan oleh Badan atau Pejabat Pemerintah yang berwenang kepada badan atau pejabat pemerintah lain untuk melaksanakan tugas pemerintahan atas nama pemberi mandat.

2. Pendekatan Hak Asasi Manusia

Berkenaan dengan Hak Asasi Manusia setelah era reformasi dilakukan amandemen terhadap konstitusi kita, yaitu Undang-Undang Dasar 1945, khusus tentang Hak Asasi Manusia mendapat porsi pengaturan yang lebih luas. Hak asasi manusia yang tercantum dalam BAB X A Pasal 28 A sampai dengan Pasal 28 J dijadikan dasar pertimbangan di dalam pembentukan undang-undang yang ada kaitannya dengan hak asasi manusia. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik, di dalam konsideran menimbang huruf b dikatakan, bahwa hak memperoleh informasi merupakan hak asasi manusia dan keterbukaan

14 Tatiek Sri Djatmiati, *Op.cit.* hlm. 75

informasi Publik merupakan salah satu ciri penting negara demokrasi yang menjunjung tinggi kedaulatan rakyat untuk mewujudkan penyelenggara negara yang baik.

Dalam Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan di implementasikan pendekatan Hak Asasi Manusia. Dalam Pasal 3 ayat (1) ditentukan, bahwa:

Badan atau Pejabat Pemerintah dalam menjalankan hak, wewenang, kewajiban dan tanggung jawabnya wajib melaksanakan asas legalitas, asas pengakuan dan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia dan asas umum pemerintahan yang baik.

Dengan demikian, badan atau pejabat Tata Usaha Negara dalam melaksanakan tugas pemerintahan harus memperhatikan ketiga hal tersebut, sebab parameter untuk menguji keabsahan tindakan pemerintahan oleh lembaga peradilan akan menggunakan parameter pendekatan Hak Asasi Manusia.

Perlindungan hukum terhadap masyarakat dapat dilakukan melalui 3 (tiga) jalur, sebagai berikut:¹⁵

1. Perlindungan melalui demokrasi (*Bescherming via democratie*).
2. Perlindungan melalui hubungan hierarki pemerintahan (*Bescherming via bestuurlijk-hierarchise verhoudingen*)
3. Perlindungan hukum melalui pengaturan yuridis (*Bescherming juridische voorzieningen*).

Ketiga jalur perlindungan hukum kepada masyarakat tersebut dalam praktiknya diatur dalam undang-undang.

3. Pendekatan Perilaku

Pendekatan perilaku (*behavior approach*), fokus pendekatan perilaku adalah pada aparat pemerintah dalam menjalankan fungsinya sebagai *bestuurzorg*. Dalam rangka reformasi birokrasi, pemerintah era reformasi menyiapkan 4 (empat) paket Rancangan Undang-Undang yang akan menjadi pedoman Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dalam melaksanakan tugas pemerintahan, yaitu RUU Administrasi Pemerintahan, RUU Keterbukaan dan Informasi Publik, RUU Pelayanan Publik, dan RUU Etika Pemerintahan. Dari ke 4 (empat) RUU tersebut yang disahkan menjadi Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 dan Undang-Undang Pelayanan Publik Nomor 25 Tahun 2009, sedangkan RUU Administrasi Pemerintahan dan RUU Etika Pemerintahan belum dibahas di DPR RI.

Dari aspek filosofis, ada beberapa aliran dalam ilmu filsafat yang memberikan dasar-dasar etika, yaitu

1. Aliran *Naturalisme*, menurut aliran ini sistem-sistem etika dalam kesusilaan mempunyai dasar yang alami, dimana kebenaran-kebenaran hanya dapat diperoleh

¹⁵ Tatiek Sri Djatmiati, *Op.cit.*, hlm. 3.

melalui pengkajian atas fakta dan bukan atas teori-teori yang Sangat metafisis. Manusia pada kodratnya adalah baik sehingga ia harus dihargai dan menjadi unsur.

2. Aliran *Individualism*, esensi dari aliran ini adalah di dalam hubungan social yang paling pokok adalah individu. Segala interaksi dalam masyarakat harus dilakukan demi keuntungan individu.
3. Aliran *hedonismo*, titik tolak pikiran dari aliran ini adalah menurut kodratnya manusia selalu mengusahakan kenikmatan, yaitu bila kebutuhan kodrati terpenuhi, orang akan memperoleh kenikmatan sepuas-puasnya.
4. Aliran *Eudaemonisme*, aliran ini mengajarkan kebahagiaan adalah merupakan kebaikan tertinggi.
5. Aliran *Utilitarianisme*, menurut aliran ini suatu perbuatan dikatakan baik jira membawa manfaat atau kegunaan sebesar-besarnya untuk kepentingan masyarakat banyak.

Kewenangan Pemerintah Dalam Pengaturan Penerbangan

Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan, dalam Pasal 10 ayat (1) dikatakan bahwa, “Penerbangan dikuasai oleh negara dan pembinaannya dilakukan oleh pemerintah.” Sedangkan pada Pasal 10 ayat (2), disebutkan, “Pembinaan penerbangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi aspek pengaturan, pengendalian dan pengawasan”.

Membicarakan tentang aspek pengaturan, Sadjijono,¹⁶ menyatakan bahwa membentuk peraturan perundang-undangan tersebut merupakan salah satu fungsi pemerintahan dalam bidang *regelgeving*, bukan fungsi legislatif.

a. Wewenang

Wewenang merupakan bagian yang sangat penting dan bagian awal dari hukum administrasi, karena pemerintahan (administrasi) baru dapat menjalankan fungsinya atas dasar wewenang yang diperolehnya, artinya keabsahan tindak pemerintahan atas dasar wewenang yang diatur dalam peraturan perundang-undangan (*legaliteit beginselen*).

Istilah wewenang sebenarnya tidak dapat disejajarkan dan disamakan dengan istilah *bevoegdheid* dalam kepustakaan hukum Belanda, karena kedua istilah tersebut memiliki perbedaan yang mendasar, terutama berkaitan dengan karakter hukumnya. Berdasarkan karakternya *bevoegdheid* digunakan dalam konsep hukum public dan konsep hukum privat, sedangkan wewenang hanya berlaku dalam konsep hukum publik saja.¹⁷

Kewenangan atau wewenang adalah suatu istilah yang biasa digunakan dalam lapangan hukum publik. Namun sesungguhnya terdapat perbedaan diantara keduanya. Kewenangan adalah apa yang disebut “kekuasaan formal”, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang

16 Sadjiono. *Bab Bab Pokok Hukum Administrasi*, LaksBang Pressindo, Yogyakarta. 2008, hlm. 53.

17 *Loc.cit.*

diberikan oleh undang-undang atau legislatif dari kekuasaan eksekutif atau administratif. Karenanya, merupakan kekuasaan dari segolongan orang tertentu atau kekuasaan terhadap suatu bidang pemerintahan atau urusan pemerintahan tertentu yang bulat. Sedangkan wewenang hanya mengenai suatu bagian tertentu saja dari kewenangan. Wewenang (*authority*) adalah hak untuk memberi perintah, dan kekuasaan untuk minta dipatuhi.

Berdasarkan sumbernya, wewenang dibedakan menjadi dua jenis, yaitu wewenang personal dan wewenang *official*. Wewenang personal, yakni bersumber pada intelegensi, pengalaman, nilai atau norma, dan kesanggupan untuk memimpin. Sedangkan wewenang *official*, merupakan wewenang resmi yang diterima dari wewenang yang berada di atasnya. Sedangkan berdasarkan sifatnya, dapat dilakukan pembagian wewenang, sebagai berikut:

- a) Wewenang yang bersifat terikat, yakni wewenang yang harus sesuai dengan aturan dasar yang menentukan waktu dan keadaan wewenang tersebut dapat dilaksanakan, termasuk rumusan dasar isi dan keputusan yang harus diambil.
- b) Wewenang bersifat fakultatif, yakni wewenang yang dimiliki oleh badan atau pejabat administrasi, namun demikian tidak ada kewajiban atau keharusan untuk menggunakan wewenang tersebut dan sedikit banyak masih ada pilihan lain walaupun pilihan tersebut hanya dapat dilakukan dalam hal dan keadaan tertentu berdasarkan aturan dasarnya.
- c) Wewenang bersifat bebas, yakni wewenang badan atau pejabat pemerintahan (administrasi) dapat menggunakan wewenangnya secara bebas untuk menentukan sendiri mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkan, karena peraturan dasarnya member kebebasan kepada penerima wewenang tersebut.

Secara teoritis, terdapat tiga cara untuk memperoleh wewenang pemerintahan, yakni atribusi, delegasi dan mandat.¹⁸ Selain itu, ada juga yang berpendapat bahwa dalam kepustakaan hukum administrasi ada dua cara utama untuk memperoleh wewenang pemerintahan, yakni atribusi dan delegasi. Sedangkan mandat merupakan kadang-kadang saja, oleh karena itu ditempatkan secara tersendiri, kecuali dikaitkan dengan gugatan tata usaha negara, mandat disatukan karena penerima mandat tidak dapat digugat secara terpisah.

Wewenang atribusi (*atributie bevoegheid*), adalah wewenang pemerintah yang diperoleh dari peraturan perundang-undangan, artinya wewenang pemerintah tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, wewenang ini yang kemudian yang disebut sebagai asas legalitas (*legaliteitsbeginsel*) di mana wewenang ini dapat didelegasikan atau dimandatkan.

Wewenang delegasi (*delegatie bevoegdheid*) adalah wewenang yang diperoleh atas dasar pelimpahan wewenang dari badan/organ pemerintahan yang lain. Sifat wewenang delegasi adalah pelimpahan yang bersumber dari wewenang atribusi. Akibat hukum ketika

¹⁸ *Ibid.* hlm. 64.

wewenang dijalankan menjadi tanggungjawab penerima delegasi (*delegataris*), wewenang tersebut tidak dapat digunakan lagi oleh pemberi wewenang, kecuali pemberi wewenang (*delegans*) menilai terjadi penyimpangan atau pertentangan dalam menjalankan wewenang tersebut, sehingga wewenang dicabut kembali oleh pemberi delegasi dengan berpegang pada asas *contrarius actus*.

Wewenang mandat (*mandat bevoegdheid*), adalah pelimpahan wewenang yang pada umumnya dalam hubungan rutin antara bawahan dengan atasan, kecuali dilarang tegas oleh peraturan perundang-undangan. Ditinjau dari segi tanggungjawab dan tanggunggugatnya, maka wewenang mandate tanggungjawab dan tanggunggugat tetap berada pada pemberi mandat, sedangkan penerima mandat tidak dibebani tanggung jawab dan tanggung gugat atas wewenang yang dijalankan.

Philipus M Hadjon, dalam tinjauan tentang *Algemene Wet Bestuursrecht*, mengartikan istilah mandat dan delegasi. Mandat adalah kewenangan yang diberikan suatu organ pemerintahan kepada organ lain untuk atas namanya membuat *besluit*. Sedangkan delegasi, adalah pelimpahan kewenangan dari suatu organ pemerintahan kepada organ lain untuk dapat membuat *besluit* atas tanggung jawab organ tersebut (yang menerima delegasi).

Pengaturan Kewenangan Pemerintah Dalam Penerbangan

Dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan, pada Pasal 10, 11 dan 12 dikatakan bahwa:

Pasal 10

- (1) Penerbangan dikuasai oleh negara dan pembinaannya dilakukan oleh Pemerintah.
- (2) Pembinaan Penerbangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi aspek pengaturan, pengendalian, dan pengawasan.
- (3) Pengaturan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) meliputi penetapan kebijakan umum dan teknis yang terdiri atas penentuan norma, standar, pedoman, kriteria, perencanaan, dan prosedur termasuk persyaratan keselamatan dan keamanan penerbangan serta perizinan.
- (4) Pengendalian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) meliputi pemberian arahan, bimbingan, pelatihan, perizinan, sertifikasi, serta bantuan teknis di bidang pembangunan dan pengoperasian
- (5) Pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) meliputi kegiatan pengawasan pembangunan dan pengoperasian agar sesuai dengan peraturan perundang-undangan termasuk melakukan tindakan korektif dan penegakan hukum.
- (6) Pembinaan Penerbangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan dengan memperhatikan seluruh aspek kehidupan masyarakat dan diarahkan untuk:
 - a) memperlancar arus perpindahan orang dan/atau barang secara massal melalui angkutan udara dengan selamat, aman, cepat, lancar, tertib dan teratur, nyaman, dan berdaya guna, dengan biaya yang wajar;

- b) meningkatkan penyelenggaraan kegiatan angkutan udara, kebandarudaraan, keselamatan dan keamanan, serta perlindungan lingkungan sebagai bagian dari keseluruhan moda transportasi secara terpadu dengan memanfaatkan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi;
 - c) mengembangkan kemampuan armada angkutan udara nasional yang tangguh serta didukung industri pesawat udara yang andal sehingga mampu memenuhi kebutuhan angkutan, baik di dalam negeri maupun dari dan ke luar negeri;
 - d) mengembangkan usaha jasa angkutan udara nasional yang andal dan berdaya saing serta didukung kemudahan memperoleh pendanaan, keringanan perpajakan, dan industri pesawat udara yang tangguh sehingga mampu mandiri dan bersaing;
 - e) meningkatkan kemampuan dan peranan kebandarudaraan serta keselamatan dan keamanan penerbangan dengan menjamin tersedianya jalur penerbangan dan navigasi penerbangan yang memadai dalam rangka menunjang angkutan udara;
 - f) mewujudkan sumber daya manusia yang berjiwa kedirgantaraan, profesional, dan mampu memenuhi kebutuhan penyelenggaraan penerbangan; dan
 - g) memenuhi perlindungan lingkungan dengan upaya pencegahan dan penanggulangan pencemaran yang diakibatkan dari kegiatan angkutan udara dan kebandarudaraan, dan pencegahan perubahan iklim, serta keselamatan dan keamanan penerbangan.
- (7) Pembinaan sebagaimana dimaksud pada ayat (6) dilakukan secara terkoordinasi dan didukung oleh instansi terkait yang bertanggung jawab di bidang industri pesawat udara, lingkungan hidup, ilmu pengetahuan dan teknologi, serta keuangan dan perbankan.
- (8) Pemerintah daerah melakukan pembinaan penerbangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sesuai dengan kewenangannya.

Pasal 11

- (1) Pembinaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (1) dilaksanakan oleh Menteri.
- (2) Pembinaan oleh Menteri sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan memperkuat kelembagaan yang bertanggung jawab di bidang penerbangan berupa:
- a) penataan struktur kelembagaan;
 - b) peningkatan kuantitas dan kualitas sumber daya manusia;
 - c) peningkatan pengelolaan anggaran yang efektif, efisien, dan fleksibel berdasarkan skala prioritas;
 - d) peningkatan kesejahteraan sumber daya manusia;
 - e) pengenaan sanksi kepada pejabat dan/atau pegawai atas pelanggaran dalam pelaksanaan ketentuan Undang-Undang ini; dan
 - f) peningkatan keselamatan, keamanan, dan pelayanan penerbangan.
- (3) Pembinaan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat didelegasikan kepada unit di bawah Menteri.
- (4) Ketentuan mengenai pendelegasian kepada unit di bawah Menteri sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan Peraturan Menteri.

Pasal 12

- (1) Pembinaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 dilakukan dengan berkoordinasi

dan bersinergi dengan lembaga yang mempunyai fungsi perumusan kebijakan dan pemberian pertimbangan di bidang penerbangan dan antariksa.

- (2) Ketentuan lebih lanjut mengenai pembinaan, lembaga, fungsi perumusan kebijakan, dan fungsi pemberian pertimbangan di bidang penerbangan dan antariksa diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Memperhatikan kewenangan pemerintah yang diberikan oleh undang-undang sedemikian luasnya, maka pemerintah sangat bertanggungjawab atas terlaksananya penerbangan yang tertib, teratur, selamat, aman dan nyaman di Indonesia. Dengan demikian, maka apabila terjadi kecelakaan pesawat udara di Indonesia, maka pengguna jasa angkutan pun dapat meminta pertanggung jawaban dan pertanggung gugatan pemerintah, baik dari sudut pidana, perdata maupun publik.

Pengawasan

Dalam menyelenggarakan pemerintahan, administrasi negara mempunyai beberapa keleluasaan demi terselenggaranya kesejahteraan masyarakat tanpa meninggalkan asas legalitas. Hal ini berarti bahwa sikap tindak administrasi negara tersebut haruslah dapat dipertanggungjawabkan, baik secara moral maupun secara hukum.

Lord Acton, mengatakan bahwa setiap kekuasaan sekecil apapun cenderung untuk disalahgunakan. Oleh sebab itu, dengan adanya keleluasaan bertindak dari administrasi negara yang memasuki semua sector kehidupan masyarakat, kadang-kadang dapat menimbulkan kerugian bagi masyarakat itu sendiri. Maka, wajarlah bila diadakan pengawasan terhadap jalannya pemerintahan, yang merupakan jaminan agar jangan sampai keadaan negara menjurus ke arah dictator tanda batas, yang berarti bertenangan dengan asas negara hukum.¹⁹

Cara-cara pengawasan dalam penyelenggaraan pemerintahan dapat dirinci sebagai berikut:

1. Ditinjau dari segi kedudukan badan/organ yang melaksanakan pengawasan:
 - a. Pengawasan intern; yakni pengawasan yang dilakukan oleh satu badan yang secara organisatoris/structural masih dalam lingkungan pemerintahan sendiri. Biasanya pengawasan semacam ini dilakukan oleh atasan terhadap bawahannya secara hirarkis.
 - b. Pengawasan ekstern; adalah pengawasan yang dilakukan oleh lembaga secara organisatoris berada di luar pemerintah.
2. Ditinjau dari waktu dilaksanakannya pengawasan :
 - a. Pengawasan Preventif; yakni pengawasan yang dilakukan sebelum dikeluarkannya suatu keputusan/ketetapan pemerintah. Pengawasan semacam ini dinamakan juga pengawasan apriori.

19 Diana Halim Koentjoro, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta. 2004, hlm. 70.

- b. Pengawasan Refresif; yakni pengawasan yang dilakukan sesudah dikeluarkannya keputusan/ketetapan pemerintah, sehingga bersifat korektif dan memulihkan suatu tindakan yang keliru, disebut juga pengawasan *aposteriori*.
3. Pengawasan dari segi hukum terhadap perbuatan pemerintah, merupakan pengawasan dari segi *rechtmatigheid*, jadi bukan hanya dari *wetmatigheid*-nya saja. Pengawasan dari segi hukum merupakan penilaian tentang sah/tidaknya suatu perbuatan pemerintah yang menimbulkan akibat hukum.

PENUTUP

Dari uraian pada pembahasan dan analisis di atas, maka dapat ditarik beberapa simpulan bahwa pemerintah diberikan kewenangan oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2009 Tentang Penerbangan untuk melakukan pembinaan penerbangan. Melihat kewenangan sedemikian besarnya itu, apabila terjadi kecelakaan pesawat udara di Indonesia, maka pengguna jasa angkutan dapat meminta pertanggung jawaban pemerintah; karena pemerintah bertanggung jawab sesuai dengan hukum administrasi dan menurut hukum pidana serta bertanggung gugat menurut hukum perdata.

DAFTAR PUSTAKA

- Admosudirjo, Prajudi, 1988, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Campbell, Henry, 1968, *Black's Law Dictionary*, Revised Fourt Edition, St Paul Minm West Publishing, Co.
- Djatmiati, Tatiek Sri, 2004, *Prinsip Izin Usaha Indonesia Industri Indonesia* (Disertasi) Program Pasca Sarjana Unair.
- Hadjon, M, Philipus, et.al, 2005, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, Introduction to the Indonesian Administrative Law*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.
- _____, et.al, 2010, *Hukum Administrasi dan Good Governance*, Universitas Trisakti, Jakarta.
- Kranenburg, R, terjemahan Kasman Singodimejo, *Perkembangan Pertadilan Tentang Tanggung jawab Negara*, kutipan PM. Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Surabaya.
- Koentjoro, Diana Halim, 2004, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Nugraha, Safri, et.al, *Hukum Administrasi Negara*, Center For Law And Good Governance Studies (CLGS), FH.UI.
- Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2007, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, edisi ketiga, Jakarta.

- Ridwan, Juniarso dan Achmad Sodik Sudrajat, 2009, *Hukum Administrasi Negara dan Kebijakan Pelayanan Publik*, Nuansa, Bandung.
- Sadjiono, H, 2008, *Bab Bab Pokok Hukum Administrasi*, LaksBang Pressindo, Yogyakarta.
- Yong Zhang, 1999, *Comparaive Studies On Governmental Liability In East And Southeast Asia*, Kluwer Law International, London.
- Wade H.W.R, and C.F. Forsyth, 1994, *Administrative Law*, Oxford University Press, 7 ed, New York.

Sumber lainnya:

- Djatmiati, Tatiek Sri. *O.O.D Dan Tanggung Jawab Jabatan Serta Tangggung Jawab Pribadi*, Makalah Disampaikan Pada Bimbingan Teknis Hakim Yuniior Peratun Sewilayah Hukum Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Surabaya di Surabaya, 17-20 November 2008.
- Hadjon, M, Philipus, 2009, *Materi Kuliah S2 Konsentrasi Hukum Pemerintah*. Surabaya: Universitas Airlangga.
- _____, 2000, *Tentang Wewenang*, Makalah, Gema Peratun, MA RI, Lingkungan Peratun, Jakarta.

HAK MASYARAKAT HUKUM ADAT DALAM PENGELOAAN SUMBERDAYA ALAM

Oleh:

Farida Patittingi

Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

E-mail: patittingi@yahoo.co.id

Abstract: *The rights of indigenous peoples for natural resources (particularly land and forest), exclusively gain recognition and protection under the constitution of Indonesia. Recognition of indigenous peoples and their traditional rights are of course to be followed by granting exclusive rights to communities to control and manage the resources in their environment, such as land or forest is the main source of livelihood of indigenous peoples. Therefore, need a legal policy of the government that regulates and provides criteria for the recognition of the firm and not vague on its existence and its rights over natural resources to manage the acquisition, allocation, use and maintenance of these natural resources.*

Keywords: *Indigenous Peoples, Natural Resources*

Abstrak: *Hak-hak masyarakat hukum adat atas sumberdaya alam (khususnya tanah dan hutan), secara eksklusif memperoleh pengakuan dan perlindungan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada Pasal 18B ayat (2). Pengakuan terhadap masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya tersebut tentunya harus diikuti dengan pemberian hak eksklusif kepada masyarakat untuk menguasai dan mengelola sumberdaya yang ada di lingkungannya, seperti tanah atau hutan yang memang menjadi sumber utama penghidupan masyarakat adat (lebensraum). Oleh karena itu, dibutuhkan legal policy dari Pemerintah yang mengatur dan memberikan kriteria pengakuan yang tegas dan tidak samar-samar terhadap eksistensinya beserta hak-haknya atas sumberdaya alam untuk mengatur penguasaan, peruntukan, penggunaan dan pemeliharaan sumberdaya alam tersebut.*

Kata Kunci: *Masyarakat Adat, Sumberdaya Alam*

PENDAHULUAN

Masyarakat adat dengan segala hak-hak tradisionalnya, khususnya terhadap sumberdaya alam, sesungguhnya telah memperoleh pengakuan, baik secara nasional maupun internasional. Dalam konteks internasional, berbagai konvensi telah mengukuhkan kedudukannya tersebut.¹ Dalam konteks nasional, pengakuan tersebut secara tegas dinyatakan dalam konstitusi, sebagaimana diatur dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, yang menegaskan:

Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.

¹ Antara lain, Konvensi ILO No. 169 mengenai Bangsa Pribumi dan Masyarakat Adat di Negara-Negara Merdeka (*Concerning Indigenous and Tribal People in Independent State*), menetapkan bahwa pemerintah wajib menghormati kebudayaan dan nilai-nilai spiritual masyarakat asli yang dijunjung tinggi dalam hubungan mereka dengan lahan yang mereka tempati atau gunakan.

Ketetapan MPR No. IX Tahun 2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumberdaya Alam, Pasal 5 huruf “j” juga menegaskan bahwa pembaruan agraria dan pengelolaan sumber daya alam harus dilaksanakan sesuai dengan prinsip-prinsip “*mengakui, menghormati, dan melindungi hak masyarakat hukum adat dan keragaman budaya bangsa atas sumber daya agraria dan sumber daya alam*”.

Namun demikian, jika dicermati lebih dalam ternyata pengakuan kedudukan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya oleh Negara masih dalam tataran yuridis-normatif yang kelihatannya sulit untuk diwujudkan karena adanya beberapa syarat yang mengikutinya, yaitu: (a) sepanjang masih hidup; (b) sesuai dengan perkembangan masyarakat; (c) prinsip NKRI; dan (d) diatur dalam undang-undang. Segenap persyaratan tersebut masih membutuhkan penjabaran dan penegasan lebih lanjut, agar dapat diperoleh kepastian hukum dan perlindungan hukum terhadap eksistensi masyarakat hukum adat tersebut.

Pengakuan terhadap masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya tersebut tentunya harus diikuti dengan pemberian hak eksklusif kepada masyarakat untuk menguasai dan mengelola sumberdaya yang ada di lingkungannya, seperti tanah atau hutan yang memang menjadi sumber utama penghidupan masyarakat adat (*lebensraum*).

Salah satu wilayah yang menjadi bagian yang tidak terpisahkan oleh masyarakat adat adalah hutan, karena hutan adalah salah satu kekayaan masyarakat adat selain tanah sebagai tempat bertumbuhnya hutan tersebut. Dalam pandangan masyarakat adat, bahwa hubungan manusia dengan alam di sekitarnya adalah hubungan religio-magis yaitu hubungan yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain.

Sebagaimana ditegaskan dalam TOR Workshop ini bahwa pada umumnya komunitas masyarakat adat memandang bahwa manusia adalah bagian dari alam yang harus saling memelihara dan menjaga keseimbangan dan harmoni di antara keduanya. Untuk menjaga keharmonisan hubungan antara manusia dengan hutannya maka pada umumnya telah mengembangkan konsep kepemilikan (*property rights*) secara komunal dan bersifat eksklusif atas suatu kawasan hutan adat.²

Untuk mendukung pengelolaan hutan adat sebagai hak bersama maka komunitas-komunitas adat memiliki sistem tata kelola dalam pengelolaan hutan, hukum adat dan struktur kelembagaan (pemerintahan) adat yang memberikan kemampuan untuk memecahkan masalah-masalah yang mereka hadapi. Hukum adat merupakan pranata sosial yang paling penting bagi masyarakat untuk mengamankan sumberdaya di dalam kawasan hutan adat dari penggunaan berlebihan baik oleh masyarakat sendiri maupun oleh pihak-pihak dari luar.

2 Contoh yang dapat dikemukakan dalam hal ini adalah pengembangan sistem kepemilikan atas tanah dan hutan yang ada di wilayah masyarakat hukum adat “Ammatowa” di Kabupaten Bulukumba, dimana penguasaan, pengelolaan dan pemanfaatan tanah dan hutan di kawasan tersebut diatur dan dipimpin oleh Ammatowa.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Konsepsi Masyarakat Adat dalam Perspektif Hukum

Penggunaan istilah masyarakat adat yang sering disamakan dengan istilah masyarakat hukum adat. Kajian akademis oleh beberapa pakar telah memberikan dasar teoritis dari latar belakang penggunaan kedua istilah tersebut. Istilah “masyarakat adat” diambil dari terjemahan kata “*indigenous peoples*”, sedangkan istilah “masyarakat hukum adat” merupakan terjemahan dari istilah Belanda, yaitu “*rechtsgemeenschap*”. Istilah “*rechtsgemeenschap*” tersebut sebagai istilah yang dihubungkan dengan istilah “*adatrecht*” yang dipopulerkan Cornelis Van Vollenhoven dalam bukunya *Het Adatrecht van Netherland Indie*.³

Pendapat tersebut memberikan pemaknaan yang lebih luas terhadap istilah masyarakat adat bila dibandingkan dengan istilah masyarakat hukum adat. Istilah masyarakat adat diyakini memiliki dimensi makna yang luas dari sekadar aspek hukum, sebab dalam masyarakat adat sangat erat terkait dengan dimensi kultural, religi, dan sebagainya. Dalam Kongres Masyarakat Adat Nusantara I yang diselenggarakan pada bulan Maret 1999, disepakati bahwa “masyarakat adat adalah kelompok masyarakat yang memiliki asal-usul leluhur (secara turun-temurun) di wilayah geografis tertentu, serta memiliki sistem nilai, ideologi, ekonomi, politik, budaya, sosial dan wilayah sendiri”.

Sementara Konvensi ILO No. 169 Tahun 1999 mengenai Bangsa Pribumi dan Masyarakat Adat di Negara-Negara Merdeka (*Concerning Indigenous and Tribal People in Independent State*) mengartikan “*indigenous peoples*” sebagai suku-suku bangsa yang berdiam di Negara merdeka yang kondisi sosial, budaya dan ekonominya berbeda dengan kelompok masyarakat yang lain. Atau suku-suku bangsa yang telah mendiami sebuah Negara sejak masa kolonial yang memiliki kelembagaan ekonomi, budaya dan politik sendiri.

F.D. Holleman dalam bukunya “*De Commune Treck in het Indonesische Rechtsleven*”⁴ mengkonstruksikan 4 (empat) sifat umum dari masyarakat adat yaitu *magis religious*, komunal, konkret dan kontan. Keempat sifat tersebut dapat dideskripsikan sebagai berikut. (1) Sifat *magis religious* diartikan sebagai suatu pola pikir yang didasarkan pada keyakinan masyarakat tentang adanya sesuatu yang bersifat sakral. Sebelum masyarakat bersentuhan dengan sistem hukum agama, religiusitas ini diwujudkan dalam cara berfikir yang pralogika, animisme dan kepercayaan pada alam gaib. Masyarakat harus menjaga keharmonisan antara alam nyata dan alam batin (dunia gaib). Setelah masyarakat mengenal sistem hukum agama, religiusitas diwujudkan dalam bentuk kepercayaan kepada Tuhan YME. Masyarakat percaya

3 Dalam Husen Alting, *Dinamika Hukum Dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah (Masa Lalu, Masa Kini dan Masa Mendatang)*, Penerbit LaksBang PRESSindo, Yogyakarta, 2010, hal. 80.

4 Dalam Otje Salman S, *Rekonstruksi Hukum Adat Kontemporer*, Penerbit PT.Alumni, Bandung, 2002, hlm. 29-30.

bahwa setiap perbuatan apapun bentuknya akan selalu mendapat imbalan dan hukuman Tuhan sesuai derajat perbuatannya. (2) Sifat komunal (*commuun*), yaitu masyarakat memiliki asumsi bahwa setiap individu anggota masyarakat merupakan bagian integral (tidak terpisahkan) dari masyarakat secara keseluruhan. Diyakini bahwa kepentingan individu harus sewajarnya disesuaikan dengan kepentingan-kepentingan masyarakat karena tidak ada individu yang terlepas dari masyarakat. (3) Sifat konkrit diartikan sebagai corak yang serba jelas atau nyata menunjukkan bahwa setiap hubungan hukum yang terjadi dalam masyarakat tidak dilakukan secara diam-diam atau samar. (4) Sifat kontan (*kontante bandeling*) mengandung arti sebagai kesertamertaan terutama dalam pemenuhan prestasi. Artinya setiap pemenuhan prestasi selalu dengan kontra prestasi yang diberikan sertamerta/seketika.

Sementara itu, walaupun para ahli menganggap istilah masyarakat hukum adat hanya akan mempersempit entitas masyarakat adat sebatas pada entitas hukum, tetapi secara yuridis-normatif istilah masyarakat hukum adat-lah yang lebih tepat jika dikaitkan dengan eksistensi dari masyarakat adat itu sendiri beserta hak-haknya, karena eksistensi dan hak-hak tersebut justru ada dalam masyarakat hukum adat yang diatur oleh hukum adat itu sendiri. Demikian halnya jika ditelusuri berbagai peraturan perundang-undangan termasuk dalam UUD 1945, justru istilah “masyarakat hukum adat”-lah yang digunakan. Pengertian dari masyarakat hukum adat oleh beberapa pakar, antara lain diberikan oleh Kusumadi Pujosewojo⁵, bahwa masyarakat hukum adat adalah masyarakat yang timbul secara spontan di wilayah tertentu, berdirinya tidak ditetapkan atau diperintahkan oleh penguasa yang lebih tinggi atau penguasa lainnya, dengan rasa solidaritas yang sangat besar di antara anggota, memandang bukan anggota masyarakat sebagai orang luar dan menggunakan wilayahnya sebagai sumber kekayaan yang hanya dapat dimanfaatkan sepenuhnya oleh anggotanya. Kusumadi membedakan masyarakat hukum adat dengan masyarakat hukum yang diartikan sebagai suatu masyarakat yang menetapkan, terikat dan tunduk pada tata hukumnya sendiri.

Ter Haar⁶ memberikan pengertian masyarakat hukum adat sebagai kelompok manusia yang teratur, bersifat tetap dengan mempunyai kekuasaan sendiri dan kekayaan sendiri, baik berwujud (benda) maupun tidak berwujud (immaterial), dimana para anggota kelompok masing-masing mengalami kehidupan dalam masyarakat sebagai hal yang wajar menurut kodrat alam dan tidak seorang pun diantara para anggota tersebut mempunyai pikiran untuk membubarkannya, atau melepaskan diri dari ikatan itu untuk selama-lamanya. Di situlah terdapat hukum adat sebagai endapan dari kekayaan social yang didukung dan dipelihara oleh dan keputusan pemegang kekuasaan atau penghulu rakyat dan rapat yang dijatuhkan atas

5 Dalam Maria S.W.Sumardjono, Kebijakan Pertanahan, Antara Regulasi dan Implementasi, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2001, hlm. 56

6 Ter Haar, Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat (Terjemahan K.Ng.Soebakti Poespono). Cetakan ke-13, Penerbit Pradnya Paramita, Jakarta, 2001, hlm. 28

sesuatu tindakan hukum atau suatu perselisihan (*beslissingen*).

Sedangkan menurut Wignjodipuro dalam Farida Patittingi⁷, masyarakat hukum adat (persekutuan hukum adat) adalah kesatuan yang mempunyai tata susunan yang teratur dan kekal serta memiliki pengurus sendiri dan kekayaan sendiri, baik kekayaan materiil maupun kekayaan immaterial. Masyarakat-masyarakat hukum adat di Indonesia dapat terbentuk karena adanya pertalian darah/keturunan (*genealogis*), adanya kesamaan daerah tempat tinggal (*teritorial*), serta percampuran keduanya (*genealogis-territorial*).

Berdasarkan pendapat beberapa pakar tersebut di atas, dapat disimpulkan beberapa ciri-ciri dari suatu masyarakat hukum adat (*adatrechtsgemeenschap*), yaitu: (1) adanya kesatuan manusia yang teratur; (2) menetap di suatu daerah tertentu; (3) mempunyai penguasa-penguasa; (4) mempunyai kekayaan, baik kekayaan materiil (berwujud) maupun yang immaterial (tidak berwujud); (5) memiliki sistem nilai dan kepercayaan; serta (6) memiliki tatanan hukum sendiri.

Hak Masyarakat Adat Dalam Pengelolaan Sumberdaya Alam

Secara konsepsional, sebagaimana telah diuraikan di atas, suatu masyarakat dapat dikategorikan sebagai masyarakat hukum adat apabila masih memiliki ciri-ciri sebagaimana telah dikemukakan oleh para pakar hukum Adat tersebut di atas. Namun demikian, dalam konteks kebijakan hukum (*legal policy*), segenap ciri-ciri tersebut harus dikukuhkan dalam suatu peraturan hukum, agar dapat menjadi acuan yang bersifat umum untuk menentukan keberadaan dari suatu masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya.

Pengakuan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat tersebut membawa konsekuensi terhadap hak-haknya atas sumberdaya alam yang ada di wilayahnya serta pernyataan kewenangan masyarakat hukum adat untuk mengatur dan mengelola sendiri sumberdaya yang ada di wilayahnya tersebut.

Dalam kepustakaan hukum adat, hak masyarakat hukum adat tersebut dirumuskan sebagai hak ulayat yang bersifat komunalistik religious. Sifat komunalistik menunjuk kepada adanya hak bersama para anggota masyarakat hukum adat atas suatu sumberdaya (khususnya tanah dan tanaman-tanaman yang ada di atasnya, dalam hal ini termasuk hutan). Hak Ulayat adalah hak bersama masyarakat hukum adat yang diyakini sebagai karunia sesuatu Kekuatan Ghaib atau peninggalan nenek moyang kepada kelompok yang merupakan masyarakat hukum adat, sebagai unsur pendukung utama bagi kehidupan dan penghidupan kelompok tersebut sepanjang masa.

Sumberdaya milik bersama tersebut bukan hanya diperuntukkan bagi pemenuhan kebutuhan suatu generasi, tetapi diperuntukkan sebagai unsur pendukung utama dalam

⁷ Farida Patittingi, *Dimensi Hukum Pulau-Pulau Kecil di Indonesia*, Penerbit Rangkang Education, Yogyakarta, 2013, hlm. 103-104

kehidupan dan penghidupan generasi terdahulu, sekarang dan yang akan datang. Dalam konteks kepentingan inilah maka masyarakat hukum adat dibebani kewajiban untuk mengelola dengan baik dan dimanfaatkan untuk memenuhi kebutuhan bersama.

Peruntukan, penguasaan, penggunaan dan pemeliharannya perlu diatur oleh kelompok yang bersangkutan, supaya selain dilakukan secara tertib dan teratur untuk menghindarkan sengketa, juga bisa terjadi kelestarian kemampuannya bagi generasi yang akan datang. Inilah yang merupakan konsep pengelolaan sumberdaya yang berkelanjutan dari masyarakat Hukum Adat. Menjaga alam lingkungannya adalah menjaga kehidupannya itu sendiri, sebaliknya menghancurkan alam lingkungannya berarti menghancurkan kehidupannya itu sendiri.

Dengan demikian, dalam konsep hak ulayat, masyarakat hukum adat terdapat 2 (dua) konsep hukum, yaitu unsur kepunyaan bersama atas tanah bersama beserta tanaman yang ada di atasnya yang termasuk dalam bidang *hukum perdata*, dan sekaligus mengandung tugas kewajiban mengelola, mengatur dan memimpin penguasaan, pemeliharaan, peruntukan dan penggunaannya yang termasuk dalam bidang *hukum publik*.

Tugas kewajiban mengelola, mengatur dan memimpin penguasaan dan penggunaan tanah bersama, baik yang diperuntukkan bagi kepentingan bersama maupun bagi kepentingan para warganya, tidak selalu bisa dilakukan bersama oleh masyarakat hukum adat itu sendiri. Oleh karena itu, maka sebagian tugas tersebut pelaksanaannya diserahkan kepada Kepala Adat sendiri bersama Tetua Adat.

Dalam konsep hukum adat, pelimpahan tugas kewenangan yang termasuk bidang hukum publik itu tidak meliputi atau tidak pula mempengaruhi hubungan hukum dengan tanah bersama yang beraspek hukum perdata. Hak kepunyaan atas tanah bersama tetap ada pada masyarakat hukum adat yang bersangkutan, yang berarti tetap ada pada warga bersama dan tidak beralih kepada Kepala Adat. Hak bersama tersebut bukan hak milik dalam arti yuridis, melainkan hak kepunyaan bersama.

Menurut Boedi Harsono,⁸ hak ulayat adalah hak dari suatu masyarakat hukum adat atas lingkungan tanah wilayahnya, yang memberi wewenang-wewenang tertentu kepada penguasa adat untuk mengatur dan memimpin penggunaan tanah wilayah wilayah masyarakat hukum adat tersebut. Sementara itu Maria S.W. Sumardjono, menyatakan bahwa hak ulayat adalah istilah teknis yuridis yang menunjukkan adanya hak yang melekat sebagai kompetensi khas pada masyarakat hukum adat, berupa wewenang/kekuasaan mengurus dan mengatur tanah dan seisinya dengan daya laku kedalam dan keluar. Menurut Maria S.W.Sumardjono, hak ulayat tersebut sesungguhnya tidak hanya meliputi tanah beserta semua tanaman-tanaman atau binatang-binatang yang ada di atasnya, tetapi juga terhadap air beserta sumberdaya yang ada di dalamnya.

8 Ibid, hlm. 122

Secara konseptual, hak masyarakat hukum adat atas sumberdaya alam (khususnya tanah dan hutan) tidak hanya mengandung unsur kepemilikan, tetapi juga tugas kewajiban mengelola. Oleh karena itu, dalam konteks kekinian, perlu dukungan kebijakan hukum (*legal policy*) dari Pemerintah agar perlindungan hukum terhadap keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya memperoleh kepastian hukum.

Hal ini penting, sebab berbagai analisis pakar maupun masyarakat secara luas melihat bahwa pengakuan yang diberikan oleh Negara terhadap keberadaan atau eksistensi masyarakat hukum adat dalam tataran peraturan perundang-undangan masih dianggap sebatas pengakuan secara yuridis-normatif, yang sulit dituntut pemenuhannya oleh masyarakat hukum adat itu sendiri atau pihak-pihak yang terkait. Anggapan demikian karena adanya beberapa persyaratan yang ketat yang menyertai pengakuan tersebut. Seperti pengakuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dalam UUD 1945 atau pengakuan hak ulayat masyarakat hukum adat dalam UUPA masih membutuhkan kejelasan atas persyaratan yang mengikutinya.

Misalnya Pasal 3 UUPA menentukan bahwa: “Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2, pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi”. Syarat yang mengikutinya ada 2 (dua) yaitu (a) eksistensinya, artinya sepanjang dalam kenyataannya masih ada; dan (b) pelaksanaannya, yaitu sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara dan tidak bertentangan dengan undang-undang dan peraturan lain yang lebih tinggi.

Segenap persyaratan tersebut masih membutuhkan kejelasan dan kesepakatan hukum agar dapat menjadi pedoman bersama antara Pemerintah yang mewakili kepentingan negara dengan masyarakat hukum adat yang membutuhkan perlindungan dalam penegakan hak-hak mereka.

Selain hak-hak masyarakat hukum adat terhadap sumberdaya tanah yang merupakan *lebensraum* mereka, hutan juga merupakan salah satu entitas yang memberikan kedudukan yang penting bagi masyarakat hukum adat, karena dalam hutan itulah mereka dapat memperoleh sumber penghidupan. Demikian pentingnya hutan bagi mereka, sehingga salah satu hak yang bersifat eksklusif yang diberikan kepada masyarakat hukum adat atas hutan yaitu hak memungut hasil hutan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 16 UUPA.

Dalam konteks penguasaan dan pengelolaan hutan berdasarkan UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (UUK), masyarakat hukum adat tetap memperoleh pengakuan dan

penghormatan, namun lagi-lagi dengan pemenuhan beberapa persyaratan. Misalnya dalam Pasal 4 ayat (2) UUK menegaskan bahwa:

Penguasaan hutan oleh Negara tetap memperhatikan hak masyarakat hukum adat, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, serta tidak bertentangan dengan kepentingan nasional.

Bentuk dan substansi pengakuan UUK terhadap hak masyarakat hukum adat atas hutan kelihatannya meneruskan konsep pengakuan hak ulayat oleh UUPA, yaitu “sepanjang kenyataannya masih ada, diakui keberadaannya dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional”. Pengakuan bersyarat tersebut juga masih dibingkai dengan konsep penguasaan Negara atas hutan sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 4 ayat (1) UUK, bahwa “semua hutan di dalam wilayah Republik Indonesia termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”. Dalam pelaksanaan hak menguasai Negara atas hutan itulah kemudian oleh UUK diinstruksikan untuk tetap memperhatikan hak masyarakat hukum adat.

Terkait dengan hak-hak masyarakat hukum adat atas sumberdaya alam, khususnya tanah dan hutan, konsep UUPA berbeda dengan konsep UUK. UUPA membedakan tanah dalam 3 (tiga) kategori, yaitu tanah Negara, tanah hak dan tanah hak ulayat, sementara UUK hanya membagi hutan dalam 2 (dua) kategori yaitu hutan Negara dan hutan hak. Dalam hutan Negara-lah kemudian dimasukkan hutan adat, sehingga secara yuridis formal, keberadaan hutan adat harus dalam bingkai hutan Negara, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2). Pasal 5 ayat (1) UUK menentukan bahwa “hutan berdasarkan statusnya terdiri dari: a. hutan Negara, dan b. hutan hak. Kemudian Pasal 5 ayat (2) menentukan bahwa “hutan Negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a, dapat berupa hutan adat”. Penetapan hutan adat dilakukan oleh pemerintah dengan syarat “sepanjang menurut kenyataannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan masih ada dan diakui keberadaannya” (Pasal 5 ayat 3).

Dengan demikian, keberadaan hutan adat yang dapat menjadi wilayah pengelolaan secara eksklusif dari masyarakat hukum adat sangat ditentukan oleh pengakuan dari Pemerintah. Oleh karena itu, agar tidak terjadi kesewenang-wenangan dalam penetapan status hutan oleh Pemerintah, maka perlu dirumuskan kebijakan hukum (*legal policy*) tentang kriteria tersebut dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang tegas agar dapat menjadi acuan bersama dalam menetapkan status hutan tersebut.

Segenap kebijakan hukum bersayap tersebut sesungguhnya semakin melemahkan kedudukan masyarakat hukum adat atas pengelolaan sumberdaya (hutan), sehingga membutuhkan advokasi yang sistematis dan berkesinambungan dari seluruh elemen masyarakat untuk bersama-sama merumuskan suatu kebijakan hukum yang memberikan

kepastian hukum dan perlindungan hukum.

Dalam UUK tetap diatur prosedur pelaksanaan hak-hak masyarakat hukum adat (yang dalam kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya) yang terkait dengan hutan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 67 ayat (1) UUK, yaitu:

- a. Melakukan pemungutan hasil hutan untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari masyarakat adat yang bersangkutan;
- b. Melakukan kegiatan pengelolaan hutan berdasarkan hukum adat yang berlaku dan tidak bertentangan dengan undang-undang; dan
- c. Mendapatkan pemberdayaan dalam rangka meningkatkan kesejahteraannya.

Penjelasan Pasal 67 ayat (1) menentukan bahwa masyarakat hukum adat diakui keberadaannya jika menurut kenyataannya memenuhi unsur antara lain: (a) masyarakatnya masih dalam bentuk paguyuban (*rechtsgemeenschap*); (b) ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adatnya; (c) ada wilayah hukum adat yang jelas; (d) ada pranata dan perangkat hukum, khususnya peradilan adat yang masih ditaati; dan (e) masih mengadakan pemungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya untuk pemenuhan kebutuhan sehari-hari.

Penguatan keberadaan dan hapusnya masyarakat hukum adat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan dengan Peraturan Daerah. Selanjutnya ayat (3) menentukan bahwa ketentuan lebih lanjut mengenai penetapan keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak-haknya yang terkait dengan hutan diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Dalam penjelasan ayat (1) tersebut ditentukan bahwa Peraturan Daerah disusun dengan mempertimbangkan hasil penelitian para pakar hukum adat, aspirasi masyarakat setempat dan tokoh masyarakat adat yang ada di daerah yang bersangkutan serta instansi atau pihak lain yang terkait. Penjelasan ayat (3) bahwa Peraturan Pemerintah dimaksud memuat aturan antara lain: (a) tatacara penilaian; (b) pihak-pihak yang diikutsertakan; (c) materi penelitian; (d) kriteria penilaian keberadaan masyarakat hukum adat.

Dengan demikian, maka bentuk pengakuan keberadaan dan hapusnya masyarakat hukum adat dalam UUK harus ditetapkan dengan Peraturan Daerah yang sebelumnya sudah harus diatur mekanisme pengakuannya dalam Peraturan Pemerintah. Akan tetapi, sampai saat ini, Peraturan Pemerintah dimaksud belum diterbitkan. Kekosongan hukum tersebut kemudian diantisipasi oleh Menteri Kehutanan dengan membuat Surat Edaran Nomor S.75/Menhut-II/2004 Perihal Masalah Hukum Adat dan Tuntutan Kompensasi/Ganti Rugi oleh Masyarakat Hukum Adat. Surat Edaran yang ditujukan kepada Gubernur dan Bupati/Walikota di seluruh Indonesia, dimuat ketentuan-ketentuan sebagai penjabaran lebih lanjut ketentuan Pasal 67 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3), yang pada intinya menentukan:

Dalam rangka mengakomodasi tuntutan oleh masyarakat hukum adat, maka diminta kepada seluruh Gubernur dan Bupati/Walikota se Indonesia untuk dapat mengambil langkah-langkah sebagai berikut:

- a. Apabila di wilayah Saudara terdapat tuntutan oleh masyarakat hukum adat di dalam kawasan hutan yang selama ini telah dibebani dengan Hak Pengusahaan Hutan/Izin Usaha Pemanfaatan Hasil Hutan Kayu (IUPHHK), maka terhadap permohonan atau tuntutan tersebut perlu sebelumnya dilakukan penelitian oleh pakar hukum adat, tokoh masyarakat yang ada di daerah yang bersangkutan, instansi atau pihak lain yang terkait serta memperhatikan aspirasi masyarakat setempat untuk menentukan apakah permohonan yang bersangkutan masih merupakan masyarakat hukum adat atau bukan. Penelitian tersebut harus mengacu kepada kriteria keberadaan masyarakat hukum adat sebagaimana ditentukan dalam Penjelasan Pasal 67 ayat (1) UUK
- b. Untuk menetapkan hutan Negara sebagai hutan adat yang pengelolaannya diserahkan kepada masyarakat hukum adat (*rechtsgemeenschap*) setempat, Bupati/Walikota melakukan pengusulan hutan Negara tersebut untuk ditetapkan sebagai hutan adat dengan memuat letak, luas hutan serta peta hutan adat yang diusulkan kepada Menteri Kehutanan dengan rekomendasi Gubernur, dengan ketentuan sepanjang menurut kenyataannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan masih ada (*de facto*) dan diakui keberadaannya (*de jure*).
- c. Apabila berdasarkan hasil penelitian permohonan tersebut memenuhi syarat, maka agar masyarakat hukum adat tersebut dapat ditetapkan dengan Peraturan Daerah Provinsi.
- d. Peraturan Daerah tentang keberadaan masyarakat hukum adat selanjutnya disampaikan kepada Menteri Kehutanan untuk diajukan permohonan penetapannya sebagai hutan adat. Atas permohonan tersebut, menteri Kehutanan dapat menerima atau menolak penetapan hutan adat.
- e. Apabila berdasarkan permohonan tersebut Menteri Kehutanan dapat menerima, maka akan ditetapkan hutan adat untuk masyarakat yang bersangkutan. Berdasarkan ketentuan Menteri Kehutanan tentang penetapan hutan adat tersebut yang akan dikirimkan kepada Saudara, maka kami minta bantuan Saudara untuk dapat memfasilitasi pertemuan antara masyarakat hukum adat (yang telah ditetapkan) dengan pemegang HPH/IUPHHK.
- f. Berkaitan dengan tuntutan ganti rugi atau kompensasi oleh masyarakat hukum adat terhadap para pemegang HPH/IUPHHK yang melakukan kegiatan/operasi di wilayah masyarakat hukum adat tersebut, maka ganti rugi/kompensasi tidak harus berbentuk uang, tetapi dapat berupa bentuk mata pencaharian baru atau keterlibatan dalam usaha pemanfaatan hutan di sekitarnya atau pembangunan fasilitas umum/social

yang bermanfaat bagi masyarakat hukum adat setempat dan dalam batas kewajaran/tidak berlebihan, serta tidak bertendensi pemerasan dan bertujuan untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat hukum adat setempat.

- g. Dengan adanya tuntutan ganti rugi atau kompensasi oleh masyarakat hukum adat terhadap para pemegang HPH/IUPHHK, Gubernur/Bupati/Walikota dapat memfasilitasi pertemuan antara pihak yang bersangkutan untuk penyelesaian dengan cara musyawarah dan mufakat. Namun apabila mengalami jalan buntu, maka penyelesaiannya disarankan dilakukan melalui proses pengadilan dengan mengajukan gugatan secara perdata melalui Pengadilan Umum

Selain itu, masyarakat hukum adat juga memperoleh peluang untuk pengelolaan hutan dengan tujuan khusus sebagaimana ditentukan dalam Pasal 8 UUK. Penetapan kawasan hutan dengan tujuan khusus tersebut diperlukan untuk kepentingan umum, seperti: (a) penelitian dan pengembangan; (b) pendidikan dan latihan; serta (c) religi dan budaya.

Segecap bentuk pengakuan secara yuridis-normatif terhadap eksistensi masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya, khususnya hak-haknya yang terkait dengan pengelolaan hutan, pada level implementasi masih memiliki berbagai kendala, seperti:

- a. Pengakuan bersyarat yang masih membutuhkan ketegasan. UUD 1945 dan Tap MPR serta UU telah mengakui, namun tersumbat pada level peraturan pelaksanaan yang akan menegaskan berbagai syarat pengakuan. Walaupun syarat “sepanjang kenyataannya masih ada” sudah diberikan kriterianya dalam Penjelasan Pasal 67 ayat (1), namun bagaimana mengukur syarat “tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”? Ini masih memerlukan diskusi yang panjang untuk memperoleh kesepakatan antara masyarakat hukum adat dengan pihak-pihak terkait, khususnya Pemerintah.
- b. Pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak-haknya didelegasikan kepada Pemerintah Daerah dalam bentuk tertulis berupa Peraturan Daerah. Ini juga masih membutuhkan penelitian dan komitmen Pemerintah Daerah untuk memberikan pengakuan.
- c. Khusus pengakuan hak masyarakat hukum adat atas hutan, juga masih membutuhkan prosedur yang cukup panjang dan berliku yang harus didasarkan pada Peraturan Pemerintah, sementara Peraturan Pemerintah tersebut belum diterbitkan.
- d. Karena belum terbit Peraturan Pemerintah, maka untuk sementara dasar prosedur pengakuan masyarakat hukum adat atas hutan beserta hak-haknya dan penetapan suatu hutan Negara menjadi hutan adat hanya didasarkan pada Surat Edaran, sementara Surat Edaran tersebut bukanlah peraturan hukum yang mengikat, sehingga dapat saja

diabaikan oleh Pemerintah Daerah (Provinsi dan Kabupaten/Kota) tanpa adanya sanksi bagi Pemerintah Daerah tersebut.

- e. Problematika wilayah kelola masyarakat hukum adat atas sumberdaya hutan dalam tataran kebijakan hukum (*legal policy*) masih membutuhkan kejelasan agar dapat memberikan kepastian hukum, dan dibutuhkan komitmen pemerintah untuk menjalankan kebijakan hukum (*legal policy*) tersebut agar dapat memberikan perlindungan hukum kepada masyarakat hukum adat.

PENUTUP

Pelaksanaan hak-hak masyarakat hukum adat atas sumberdaya alam (khususnya tanah dan hutan) akan sangat ditentukan oleh adanya *legal policy* dari Pemerintah yang mengatur dan memberikan kriteria pengakuan yang tegas dan tidak samar-samar terhadap eksistensinya beserta hak-haknya atas sumberdaya tertentu, yaitu mengatur peruntukan, penguasaan, penggunaan dan pemeliharaan sumberdaya.

Pengakuan terhadap masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisonlanya dalam berbagai peraturan perundang-undangan saat ini masih sulit untuk dituntut pemenuhannya oleh masyarakat hukum adat, sebab masih membutuhkan berbagai persyaratan yang sangat ketat dan cenderung melemahkan kedudukan masyarakat hukum adat itu sendiri.

Semoga kedepan, Negara secara konsisten dapat memberikan pengakuan atas keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tersebut, dengan memberikan kejelasan atas semua syarat yang ketat tersebut, agar amanat konstitusi untuk memberikan kesejahteraan dan perlindungan kepada seluruh rakyat Indonesia dapat terwujud, insya Allah.

DAFTAR PUSTAKA

- Farida Patittingi, 2012, *Dimensi Hukum Pulau-Pulau Kecil di Indonesia*, Penerbit Rangkang Education, Yogyakarta.
- Husain Alting, 2010, *Dinamika Hukum Dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah (Masa Lalu, Kini, dan Masa Datang)*, Penerbit LaksBang PRESSindo, Yogyakarta.
- Otje Salman S, 2002, *Rekonstruksi Hukum Adat Kontemporer*, Penerbit PT.Alumni, Bandung.
- Ter Haar, 2001, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat* (Terjemahan K.NG.Soebakti Poespono). Cetakan ke-13, Penerbit Pradnya Paramita, Jakarta.

PENYELESAIAN PELANGGARAN HAM BERAT MASA LALU MELALUI MEKANISME KOMISI KEBENARAN DAN REKONSILIASI

Oleh:

A. Muhammad Fajar Akbar

Lembaga Bantuan Hukum Makassar

E-mail: fajarmerah.lbhmks@gmail.com

Abstract: *Reform era marked by changes in the Constitution, one of which produce a design that embodies many constitutional provisions on human rights (Human Rights). This implies the existence of a strong desire to build a democratic state of law in Indonesia. One of the serious challenges of the ideals of the democratic rule of law is to address the serious human rights violations in the past. Settlement efforts through the Ad Hoc Human Rights Court deemed unsatisfactory and just political theater. While other remedies through the Truth and Reconciliation Commission (TRC), the legal basis has been canceled by the Constitutional Court in 2006. The Government has not been able to finalize a new draft TRC bill despite having entered in the National Legislation Program in 2011. TRC should be a priority at this time because the government's settlement of past human rights violations is the mandate of the Constitution and the ideals of reform and for the sake of a democratic legal state.*

Keywords: *Constitution, Human Rights Violations, Truth and Reconciliation Commission*

Abstrak: *Era reformasi ditandai dengan perubahan konstitusi yang salah satunya menghasilkan desain konstitusi yang mewadahi banyak ketentuan mengenai hak-hak asasi manusia (HAM). Hal ini menyiratkan adanya keinginan kuat membangun Negara hukum yang demokratis di Indonesia. Salah satu tantangan serius dari cita-cita Negara hukum demokratis itu adalah penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu. Upaya penyelesaian melalui pengadilan HAM Ad Hoc dianggap tidak memuaskan dan hanya sekedar sandiwara politik. Sementara mekanisme penyelesaian lainnya melalui Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR), dasar hukumnya telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi tahun 2006. Pemerintah belum mampu merampungkan draft RUU KKR yang baru meski telah masuk dalam Prolegnas tahun 2011. Pembentukan KKR saat ini harus menjadi prioritas pemerintah karena penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat masa lalu adalah amanat konstitusi dan cita-cita reformasi dan demi tegaknya Negara hukum yang demokratis.*

Kata kunci: *Konstitusi, Pelanggaran HAM Berat, Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi*

PENDAHULUAN

Era reformasi telah memasuki tahun ke 15, tapi upaya penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu masih belum menemukan jalan terang. Komitmen dan konsistensi rezim reformasi sekarang ini patut dipertanyakan. Ironis memang karena PBB sendiri secara membabi buta memberikan nilai memuaskan atas kinerja pemerintahan SBY dalam penegakan HAM. Padahal rezim ini tak punya konsep dan pola penyelesaian kasus pelanggaran HAM masa lalu yang jelas hingga periode keduanya yang tinggal setahun lagi.

Sejak era reformasi dimulai dan kemudian dilakukan perubahan Konstitusi yang salah satunya menghasilkan desain konstitusi yang mewadahi banyak ketentuan mengenai hak-hak asasi manusia. Bisa dikatakan bahwa semangat mewujudkan Negara yang lebih demokratis dengan mengedepankan penghormatan pada hak-hak asasi manusia sangat dominan dalam beberapa tahun awal orde reformasi. Selain pencantuman HAM yang lebih komprehensif dalam konstitusi, juga dilahirkan beberapa undang-undang mengenai HAM, seperti UU HAM di tahun 1999, UU Pengadilan HAM di tahun 2000, UU tentang Ratifikasi Konvensi Internasional Hak Sipil Politik serta Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya di tahun 2005, serta masih banyak lagi peraturan perundang-undangan terkait HAM lainnya. Namun, semangat ini ternyata tidak cukup teradopsi dalam hal penyelesaian kasus-kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu.

Upaya menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu di masa transisi dari pemerintahan otoritarian ke pemerintahan demokratis harus menghadapi beberapa tantangan serius, antara lain sistem peradilan yang korup dan tidak efisien serta keengganan para pemimpin baru untuk menghadapi elemen dari penguasa lama.¹ Namun, tentu saja hal tersebut tidak menggugurkan kewajiban negara untuk menyelesaikan pelanggaran HAM berat masa lalu. Kewajiban Negara tersebut harus dijalankan tidak hanya untuk mengembalikan hak korban dan keluarganya dan menuntut akuntabilitas para pelaku, tapi juga untuk menjamin bahwa pelanggaran serupa tidak terulang di masa datang.

Upaya pemerintahan baru meminta pertanggungjawaban kejahatan kemanusiaan oleh rezim masa lalu itu melalui Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc, sebagaimana telah dilakukan dalam kasus Timor Timur dan Tanjung Priok, ternyata tidak sesuai harapan, bahkan mengecewakan. Peradilan itu dinilai sekadar sandiwara politik belaka, jauh dari spirit keadilan, jauh dari semangat untuk menciptakan masa depan Indonesia yang ditegakkan atas nilai-nilai keadilan, khususnya bagi korban dan keluarganya.

Komnas HAM sendiri, terkait dengan pelanggaran HAM masa lalu, setidaknya telah melakukan penyelidikan terhadap kasus Talangsari 1989, Kasus Trisaksi, Semanggi, dan Mei 1998, dan Kasus Penghilangan Paska 1997-1998 yang sampai sekarang belum ditindaklanjuti oleh Kejaksaan Agung dan Pemerintah. Kejaksaan Agung berdalih belum ada rekomendasi DPR dan masih ada berbagai hal yang harus dilengkapi oleh Komnas HAM.

Apologi klasik Kejaksaan Agung dinilai banyak kalangan aktivis pro demokrasi tidak konsisten. Kasus Penghilangan Paksa tahun 1997-1998, juga tidak dilaksanakan hingga saat ini. Padahal, pada 28 Oktober 2009, DPR merekomendasikan kepada Presiden untuk membentuk Pengadilan HAM *ad hoc* untuk kasus ini.

¹ Hilmar Farid & Rikardo Simarmata, *Demi Kebenaran, Pemetaan Upaya-Upaya Pencarian Keadilan dalam Masa Transisi di Indonesia*, 2004, ELSAM Hal 3

Selain menggunakan mekanisme peradilan, kebijakan lain yang disiapkan untuk menyelesaikan sejumlah kasus pelanggaran HAM masa lalu adalah dengan pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR), seperti dimandatkan oleh Tap MPR No. XVII/MPR/2000 dan Pasal 43 UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Walaupun KKR sebelumnya telah diatur dalam UU No 27 Tahun 2004, tapi tahun 2006, UU tersebut dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi (MK), meskipun hakim MK sendiri merekomendasikan dalam putusannya untuk membuat UU baru tentang KKR yang sesuai amanah konstitusi.

Pascapembatalan UU KKR oleh MK, memang muncul inisiatif kembali untuk membentuk UU KKR melalui Kementerian Hukum dan HAM. Pada November 2010, Kementerian Hukum dan HAM akhirnya menyelesaikan Naskah Akademis dan RUU KKR, yang kemudian diserahkan kepada Presiden. RUU KKR sempat menjadi RUU prioritas dalam Program Legislasi Nasional tahun 2011. Namun, Presiden tidak juga menyerahkan RUU KKR ke DPR untuk dibahas pada tahun 2011, dan hingga kini tidak ada kejelasan mengenai nasib RUU tersebut.

Menguatnya kembali desakan untuk menyelesaikan kasus pelanggaran HAM masa lalu melalui mekanisme Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi disebabkan oleh kekecewaan pada mekanisme legal Peradilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc. KKR diharapkan menjadi lembaga ekstra yudisial yang efektif mengungkap kebenaran, dalam hal ini pola umum pelanggaran HAM masa lalu serta mendorong rekonsiliasi demi menjaga persatuan dan kesatuan bangsa. Mekanisme KKR sendiri pernah digunakan di sejumlah negara di Eropa, Afrika, Asia dan Amerika Latin. Sejak kemunculannya pertama kali di Argentina dan Uganda pada dekade 1980-an, KKR telah menjadi fenomena internasional. Lebih dari 20 negara telah memilih jalan mendirikan KKR sebagai cara mempertanggungjawabkan kejahatan hak asasi manusia yang terjadi di masa lalu. Beberapa di antaranya mencatat sukses yang hebat, meski tentu saja ada yang setengah berhasil, dan ada juga dilanda kegagalan.

Upaya menegakkan kebenaran dengan mengungkapkan pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi pada masa sebelum berlakunya UU Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, dan juga melaksanakan rekonsiliasi dalam persepektif kepentingan bersama bangsa Indonesia menjadi topik yang senantiasa penting untuk dibahas. Hal ini terkait dengan kehendak kontitusi khususnya ketentuan pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang menegaskan bahwa Indonesia adalah Negara hukum.

Oleh karena itu, penulis memandang perlu untuk mengangkat kembali peluang penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat masa lalu melalui mekanisme KKR dalam hubungannya dengan Negara hukum dan pelaksanaan amanah konstitusi. Hal ini menjadi urgent menurut penulis, karena akhir-akhir ini berkembang pesimisme secara meluas di tingkat masyarakat akan masa depan penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat. Hal ini

tentu dipengaruhi oleh kurangnya komitmen pemerintahan reformasi untuk itu, bahkan mulai terkesan mengalami syndrome amnesia. Tulisan ini sekaligus menjadi peringatan bagi pemerintahan reformasi bahwa masih ada amanat konstitusi yang hingga kini belum dilaksanakan, yaitu penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat Masa Lalu sebagai Amanah Konstitusi

Kesadaran pentingnya mengusut, mengungkap kebenaran dan meminta pertanggungjawaban rezim masa lalu yang melakukan kejahatan kemanusiaan, secara teoritis, diyakini banyak aktivis pro demokrasi merupakan jalan menuju demokrasi. Tidak mungkin sebuah bangsa dapat hidup bersatu padu dalam damai di atas sejarah penuh luka dan kekerasan. Proses transisi menuju demokrasi harus berjalan di atas proses sejarah yang jujur, adil dan bertanggung jawab. Pemerintahan yang baru harus menemukan jalan keluar untuk meneruskan detak nadi kehidupan, menciptakan ulang ruang nasional yang damai dan layak dihuni, membangun semangat dan upaya rekonsiliasi dengan para musuh masa lampau, dan mengurung kekejaman masa lampau dalam sangkar masa lampaunya sendiri.²

Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 menyebutkan, bahwa “Negara Indonesia negara hukum”. Negara hukum dimaksud adalah negara yang menegakan supermasi hukum untuk menegakan kebenaran dan keadilan dan tidak ada kekuasaan yang tidak dipertanggungjawabkan.³

Negara Hukum ialah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Keadilan merupakan syarat bagi terciptanya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik. Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.⁴

Menurut Aristoteles, yang memerintah dalam negara bukanlah manusia sebenarnya, melainkan fikiran yang adil, sedangkan penguasa sebenarnya hanya pemegang hukum dan keseimbangan saja. Kesusilaan yang akan menentukan baik tidaknya suatu peraturan undang-undang dan membuat undang-undang adalah sebagian dari kecakapan menjalankan pemerintahan negara.⁵

² Ifdal Kasim, dkk (ed.), *Setelah Otoritarianisme Berlalu: Esai-Esai Keadilan di Masa Transisi*, ELSAM, Jakarta, 2001, hlm. vi

³ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Pemasyarakatan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (Sesuai dengan Urutan Bab, Pasal dan ayat)*, Sekretaris Jendral MPR RI, Jakarta, 2010, hlm, 46

⁴ Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Sinar Bakti, Jakarta 1988, hlm. 153

⁵ Ibid, Hal 154

Lebih lanjut Friedrich Julius Stahl mengemukakan empat unsur Negara hukum dalam arti klasik, yaitu:

1. Hak-hak asasi manusia;
2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu (di negara-negara Eropa Kontinental biasanya disebut *trias politica*);
3. Pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*);
4. Peradilan administrasi dalam perselisihan.⁶

Menurut Van Apeldoorn, tujuan hukum ialah mengatur tata tertib masyarakat secara damai dan adil. Perdamaian diantara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan-kepentingan manusia tertentu, kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta dan sebagainya terhadap yang merugikannya. Bangunan ketertiban dalam masyarakat tidak akan terwujud di atas ketidakadilan yang dialami oleh sebagian anggotanya. Impian itu merupakan impian kosong dan angan-angan belaka. Ibaratnya, bangsa ini bermimpi membangun monumen yang indah dan kokoh, tapi sayangnya, monumen tersebut dibangun di atas rawa, bukannya di atas tanah yang kokoh.

Gagasan negara hukum yang demokratis tempat di mana hak asasi manusia diakui, dihormati dan dilindungi telah dikemukakan oleh para perintis kemerdekaan Republik Indonesia. Dr Tjipto Mangoenkoesoemo dan kawan-kawan hampir satu abad yang lalu telah mengemukakan gagasan Indonesia (Hindia Belanda) berParlemen, berPemerintahan sendiri, di mana hak politik rakyatnya diakui dan dihormati. Walaupun pada waktu itu Dr Tjipto Mangoenkoesoemo, Soewardi Soeryoningrat masih berbicara dalam konteks hubungan Indonesia (Hindia Belanda) dengan Netherland, namun nampak jelas para perintis kemerdekaan ini mencita-citakan suatu Indonesia yang merdeka, berParlemen dan berPemerintahan sendiri yang pada saatnya lepas dari penjajahan Belanda. Menurut pendapat saya saat itu cita-cita Negara Hukum yang demokratis tempat di mana HAM dimajukan dan dilindungi hidup bersemi dan terus berkembang dalam pikiran dan hati para perintis kemerdekaan bangsa Indonesia.⁷ Namun, cita-cita itu saat ini justru menghadapi tantangan yang besar berupa ketidakkonsistenan dan bahkan kemunafikan penguasa untuk menegakkan negara hukum yang demokratis yang menjamin perlindungan, pemajuan, dan penegakan HAM. Negara yang berdiri di atas konstruksi kokoh yang bernama kedaulatan rakyat sebagaimana cita-cita pendiri bangsa ini sepertinya masih menghadapi jalan terjal dan berliku dalam pewujudannya.

Dalam konteks implementasi penegakan hukum dan HAM yang sempat mendapat amunisi besar diawal era reformasi pasca tumbangny rezim orde baru. Akan tetapi, amunisi

⁶ Miriam Budiharjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik Gramedia Pustaka Utama*, Jakarta, 1998, hlm. 57-58

⁷ Abdul Hakim G Nusantara *Negara Hukum Dan Hak Asasi Manusia*, Makalah disampaikan pada training HAM bagi pengajar hukum & HAM, Makassar, 3-6 Agustus 2010, PUSHAM UII & Norwegian Centre of Human Rights

besar ini sepertinya tidak berada dalam genggamannya orang yang tepat, sehingga gagal digunakan dengan tepat. Indonesia fase transisional sama sekali belum dapat mengukuhkan suatu batas yang jelas dan tegas antara rezim lama dengan rezim baru. Transisi berlangsung dengan pola transplasi, cangkakan, bukan dengan pola penggantian. Akibatnya, pemerintahan yang ada setelah lengsernya Soeharto masih berada dalam kerangkeng sistem masa lalu, dimana secara de facto praktek kenegaraan tidak bisa lepas sepenuhnya dari pengaruh politik kekuatan rezim lama.⁸

Sebagian tokoh-tokoh Orde Baru yang dianggap bertanggung jawab atas pelanggaran HAM masa lampau masih mampu mempengaruhi kebijakan pemerintahan orde reformasi, dan bahkan sebagiannya memegang peranan yang sangat strategis dan kuat dalam pemerintahan masa sekarang. Tokoh-tokoh tersebut masih berupaya memenuhi kebutuhan dan kepentingan mereka sendiri. Apalagi mesin politik Orde Baru bernama Golongan Karya tidak tersentuh sama sekali. Konstelasi dan sistem pemerintahan sekarang yang semakin liberal secara ekonomi politik, memang sangat menguntungkan bagi individu-individu ini. Pola pembangunan demokrasi yang liberal, yang dipenuhi politik transaksional dan sistem koalisi kepartaian yang bekerja dengan sistem kartel partai politik. Para pemuka masing-masing partai tidak mau kedudukannya terancam dengan mengganggu status quo dan mengadili si pelaku rezim terdahulu tersebut. Kebudayaan impunity yang sangat kuat selama rezim Orde Baru masih hidup hingga kini.

Kondisi demikian membawa pengaruh yang kuat dalam memproses pelanggaran HAM berat masa lampau. Maka, tidak perlu heran bila yang ditawarkan oleh para elite politik sekarang sebagai mekanisme untuk menyelesaikan masalah-masalah masa lampau tersebut ialah islah. Islah adalah suatu proses rekonsiliasi menurut Islam di mana si korban dan pelaku saling memaafkan setelah si pelaku mengakui kesalahannya dan diadili.

Kenyataannya yang dilakukan sekarang mengenai beberapa kasus-kasus pelanggaran HAM bukan proses tersebut. Proses islah sudah dimanipulasi oleh para elite untuk memenuhi kepentingannya. Yang ditawarkan ialah proses dimana korban-korban diberikan kompensasi tanpa menungkapkan kebenaran mengenai apa yang terjadi pada masa lampau korban, dan pada gilirannya generasi masa depan, dipaksa untuk melupakan begitu saja sejarah kelam masa lalu itu dari memori mereka. Khususnya setelah krisis ekonomi tahun 1998, para pelaksana proses tersebut memanfaatkan keadaan ekonomi untuk memastikan bahwa masa lampau dilupakan. Islah semacam ini memberikan pilihan yang sangat menarik dan godaan yang menggairkan bagi para korban yang keadaan ekonominya lemah. Sepertinya, dengan melihat fenomena yang ada, yang sedikitnya telah digambarkan di muka, pemerintahan

⁸ Priyadi Arief, *Menatap Masa Depan Penanganan Pelanggaran HAM di Indonesia : Persepsi Keluarga Korban*, Disampaikan dalam acara diskusi di Kampus Univ. Atma Jaya Nopember 2001, dalam rangka Peringatan Tiga Tahun Peristiwa Semanggi 1-13 Nopember 1998

transisi sekarang tidak memiliki political will untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lampau.

Rezim transisi selalu dihadapkan pada dua posisi waktu yang bertolak belakang dalam gagasan dasarnya : masa depan yang lebih baik dan masa lalu yang penuh keburukan. Sementara terdapat kebutuhan untuk konsolidasi kelembagaan yang diperlukan bagi hadirnya sebuah pengelolaan kekuasaan yang demokratis, terdapat desakan untuk menemukan cara tentang bagaimana warisan rezim otoritarian itu hendak diselesaikan. Salah satu warisan terburuk yang dihasilkan oleh rezim sebelumnya yang melekat pada system adalah kejahatan pada HAM. Sementara konsolidasi kelembagaan masih tengah diupayakan (yang seringkali memang sungguh tidak mudah itu), terdapat tuntutan yang mengggung untuk membawa pelaku kejahatan HAM ke depan pengadilan.⁹

Dalam UU No 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM hanya dikenal 2 bentuk pelanggaran HAM berat yaitu kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Kebanyakan pelanggaran berat HAM di masa lalu yang dilakukan oleh rezim pemerintahan terdahulu adalah dua jenis kejahatan itu, seperti pembunuhan massal di tahun 1965-1966, invasi Indonesia ke Timor-Timur pada tahun 1975, represi terhadap kaum muslim di tahun 1980-an, pelanggaran HAM di Aceh dan Papua, penculikan dan pembunuhan (pembunuhan misterius) tahun awal 1980-an, kasus Tanjung Priok yang tak terungkap di pengadilan, kasus Warsidi di Lampung tahun 1989, kasus penculikan aktivis demokratis/HAM tahun 1990-an, serta pelanggaran HAM di Timor Timur pasca jajak pendapat pada tahun 1990-an akhir.¹⁰

Terlepas dari perdebatan mengenai asas non rektroaktif, UU Pengadilan HAM telah menetapkan dua cara dalam penyelesaian kasus pelanggaran berat HAM yaitu melalui mekanisme pengadilan dan melalui mekanisme komisi kebenaran dan rekonsiliasi. Komisi kebenaran dan pengadilan adalah dua mekanisme penting dalam sebuah transisi demokratis. Masing-masing melayani tujuan-tujuan unik yang tidak bisa dicapai oleh hanya salah satunya; mereka tidak saling menggantikan melainkan mereka saling melengkapi, dan pemenuhan sejauh mungkin jangkauan tujuan yang ada hanya dapat dicapai bila terdapat sekaligus pengadilan pidana dan komisi kebenaran walaupun beberapa negara mengambil keputusan untuk tidak memilih kedua-duanya. Pengadilan pidana dapat melakukan hal-hal yang tidak dapat dilakukan Komisi Kebenaran, demikian pula sebaliknya.¹¹

Signifikansi pembentukan KKR bukan sekadar alternatif Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc, tetapi juga sebagai kawan seiring dan mitra sebanding. KKR merupakan

⁹ Hajriyanto Y Thohari, *Ikhtiar Penyelesaian Pelanggaran HAM masa lalu; Membangun Indonesia yang lebih bermartabat*, makalah, disampaikan dalam diskusi Penanganan Pelanggaran HAM, dilaksanakan oleh Elsam, 12 April 2011 Hal 2

¹⁰ Agus Raharjo, *Implikasi Pembatalan UU KKR Terhadap Prospek Penanganan Pelanggaran Berat HAM*, *Mimbar Hukum* Volume 19 Nomor 1, Februari 2007, Hal 4-5

¹¹ Agus Raharjo, *Ibid*, Hal 8

upaya kunci yang kental menggunakan perspektif hak asasi manusia dan paradigma humanis yang mengedepankan kepentingan para korban di satu sisi dan menyelamatkan kehidupan masyarakat umum di sisi lain. KKR merupakan wahana untuk menerapkan konsep keadilan restoratif dan reparatif di satu sisi dan konstruktif di sisi lain. KKR mengimplikasikan konsep keadilan yang keluar dari pakem klasik khas Aristotelian seperti keadilan komutatif/kontraktual, distributif, korektif, dan punitif. Selain itu juga tidak mengadopsi pakem Rawlsian-Habermasian yang menumbuhkan keadilan di atas kesetaraan (*justice as fairness*) yang hanya dapat diterapkan dalam situasi normal dan bukannya dalam masa transisional.

KKR dalam prakteknya di beberapa Negara seperti Afrika Selatan yang relative dianggap berhasil, memperkenalkan konsep keadilan progresif yang mengedepankan penghukuman kejahatan (keadilan kriminal), pembongkaran sejarah (keadilan historis), pengutamaan dan penghormatan terhadap korban (keadilan reparatoris), pembenahan serta pembersihan sistem penyelenggaraan negara (keadilan administratif), dan perombakan konstitusi (keadilan konstitusional) yang ditegakkan di atas prinsip *rule of law*, kedaulatan rakyat atau legitimasi demokratis yang mengedepankan hukum, dan bukan sekadar *ruled by law*, kedaulatan hukum yang belum tentu demokratis.

Ide dasar konsep KKR didasarkan pada sebuah kepercayaan bahwa rekonsiliasi antara pelaku dan korban pelanggaran hak asasi manusia membutuhkan pengungkapan kebenaran di belakang semua kejadian secara menyeluruh. Tujuannya adalah menemukan pola umum pelanggaran HAM yang dipraktekkan oleh rezim masa lalu. Mekanisme penyelesaian kasus pelanggaran berat HAM masa lalu ini lebih dari sekadar menangani pelanggaran hak asasi manusia yang bersifat kasuistik, melainkan merupakan dasar moral sebuah reformasi pemerintahan dan masyarakat yang menghormati martabat manusia melalui cara-cara yang demokratis, tanpa kekerasan dan sesuai dengan prinsip supremasi hukum. Ini semua bertujuan agar kesalahan yang sama tidak terjadi lagi di masa yang akan datang.

Sudah lama terdapat anggapan yang keliru bahwa pembentukan komisi ini hanya memperbanyak daftar komisi di negeri ini yang katanya menjadi trend era reformasi. Bahkan sinisme sempat berkembang bahwa KKR hanya memperpanjang rantai impunitas atau sebaliknya hanya akan menyeret dan memadati penjara dengan semua orang bersalah di masa lalu. Pihak-pihak yang keliru dengan sinismenya ini tampaknya tidak mampu melihat hal yang mendasar dan lebih luas atas nama kepentingan tegaknya Negara hukum yang menghormati HAM melalui mekanisme pengungkapan kebenaran dan perwujudan rekonsiliasi secara nasional.

Dalam diskursus hak asasi manusia, secara umum penyelesaian pelanggaran berat HAM masa lalu, dikenal 4 pola lazim yang bisa dipilih yaitu :

1. Pengadilan dan penghukuman;

2. Pengadilan dan pengampunan;
3. Tidak ada pengadilan tapi dikutuk selamanya;
4. Tidak ada pengadilan dan dilupakan begitu saja.

Pola pertama telah ditempuh melalui Pengadilan HAM ad-hoc untuk kasus pelanggaran HAM yang berat di Timor Timur, di tahun 2002. Sementara di tahun 2004, untuk kasus pelanggaran HAM yang berat di Tanjung Priok tahun 1984. Pola kedua juga telah coba diupayakan melalui pembentukan KKR, namun kemudian “layu sebelum berkembang” dengan adanya putusan Putusan MK No. 006/PUU-IV/2006 yang menyatakan UU No 24 Tahun 2004 tentang KKR bertentangan dengan konstitusi dan dinyatakan tidak mengikat secara hukum. Sementara pola ketiga dan keempat belum pernah secara “resmi” dinyatakan oleh pemegang kekuasaan di orde reformasi sebagai cara yang ditempuh untuk “menyelesaikan” pelanggaran HAM berat di masa lalu. Hal ini tentu saja terkait dengan konsekuensi sosial politik yang bisa merusak citra pemerintahan di hadapan rakyat pada umumnya dan korban serta keluarga korban pada khususnya. Keluarga korban maupun pegiat gerakan pro demokrasi tentu saja tak pernah menghendaki cara-cara penyelesaian seperti itu yang ditempuh, karena hal itu sama saja dengan mengkhianati amanah reformasi dan kewajiban konstitusi.

UU KKR sebagai payung hukum salah satu mekanisme penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu memang oleh beberapa kalangan dianggap paling kompromis dalam menyelesaikan kasus pelanggaran HAM. Beberapa NGO/LSM kemudian mengajukan Judicial Review UU KKR dan kemudian UU tersebut dinyatakan mengandung beberapa klausa yang bertentangan dengan konstitusi sehingga dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi. Namun, perlu kiranya untuk melihat lagi pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi dalam putusan 006/PUU-IV/2006 yang menyebutkan :

“...tidak adanya kepastian hukum, baik dalam rumusan normanya maupun kemungkinan pelaksanaan normanya di lapangan untuk mencapai tujuan rekonsiliasi yang diharapkan. Dengan memperhatikan pertimbangan yang telah diuraikan di atas, Mahkamah berpendapat bahwa asas dan tujuan KKR, sebagaimana termaktub dalam Pasal 2 dan Pasal 3 undang-undang *a quo*, tidak mungkin dapat diwujudkan karena tidak adanya jaminan kepastian hukum (*rechtsonzekerheid*).

“...banyak cara yang dapat ditempuh untuk itu, antara lain dengan mewujudkan rekonsiliasi dalam bentuk kebijakan hukum (undang-undang) yang serasi dengan UUD 1945 dan instrumen HAM yang berlaku secara universal, atau dengan melakukan rekonsiliasi melalui kebijakan politik dalam rangka rehabilitasi dan amnesti secara umum”.¹²

Dalam pertimbangan tersebut di atas, Mahkamah Konstitusi merekomendasikan pembentukan kembali kebijakan hukum dalam bentuk undang-undang yang selaras dengan

¹² Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi No 006/PUU-IV/2006

kehendak konstitusi demi penyelesaian kasus pelanggaran HAM masa lalu yang dapat dimaknai sebagai undang-undang KKR yang baru. Walaupun demikian Mahkamah Konstitusi juga merekomendasikan bentuk kebijakan lain, yaitu kebijakan politik dalam rangka rehabilitasi dan amnesty umum. Kedua rekomendasi ini dimaksudkan demi terwujudnya rekonsiliasi secara nasional. Dengan demikian bila dihubungkan dengan cara penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu seperti yang diuraikan sebelumnya, kedua rekomendasi Mahkamah Konstitusi tersebut dapat ditempuh.

Namun, bila mengacu pada pertimbangan Mahkamah Konstitusi sebelumnya, aspek kepastian hukum menjadi hal yang fundamental dan oleh karena itu seharusnya pembentukan UU KKR yang baru yang lebih selaras dengan kehendak konstitusi menjadi jalan pertama dan utama yang harus dilaksanakan oleh penguasa. Tentu saja kebijakan hukum lebih menjamin adanya kepastian hukum dibanding kebijakan politik.

Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat Masa Lalu adalah Amanah Reformasi

Lahirnya Ketetapan MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, menjadi bukti pertama akan adanya itikad kuat bangsa ini setelah tumbangnya pemerintah otoritarian orde baru untuk mengarungi masa depan kehidupan berbangsa dan bernegara yang dilandasi penghormatan atas HAM. Bangsa ini semakin menyadari tentang pentingnya penghormatan terhadap hak asasi manusia, suatu hal yang sebenarnya telah menjadi bahan diskusi para pendiri bangsa sebelum Indonesia merdeka diproklamlirkan. Dalam kerangka penghormatan inilah, setiap terjadi kasus pelanggaran hak asasi manusia, haruslah diikuti dengan proses pertanggungjawaban yang akuntabel, termasuk terhadap kasus yang terjadi di masa lalu.

Dalam rangka menjalankan mandat ketetapan MPR inilah kemudian lahir UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang salah satu bagiannya secara khusus mengatur kelembagaan dan mandat Komnas HAM. Pemerintahan Habibie pada waktu itu, karena berbagai desakan internasional terkait dengan kasus Timor Timur, juga mengeluarkan Perppu No. 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM, pada 8 Oktober 1999. Namun, Perppu ini akhirnya ditolak DPR untuk menjadi undang-undang. DPR menyatakan Perpu 1 Tahun 1999 tidak secara komprehensif menyebutkan jenis kejahatan dan bentuk tindakan yang dapat dikategorikan sebagai “pelanggaran HAM yang berat”, tidak cukup rincinya pengaturan mengenai proses peradilan, dan tidak dapat diberlakukan secara retroaktif. Perdebatan mengenai asas legalitas dan non retroaktif dalam penyusunan peraturan perundang-undangan yang akan dijadikan landasan hukum dalam menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu memang sangat kental di awal-awal era reformasi.

Sebagai pengganti Perppu No. 1 Tahun 1999, akibat kebutuhan yang mendesak, kemudian secara tergesa-gesa pemerintah menyiapkan regulasi pengadilan HAM yang baru,

yang selanjutnya disahkan oleh DPR pada 23 November 2000, menjadi UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Undang-undang ini tidak hanya memungkinkan proses akuntabilitas hukum bagi kasus yang terjadi setelah lahirnya undang-undang ini, tetapi juga memungkinkan digelarnya peradilan bagi kasus pelanggaran hak asasi manusia di masa lalu. Selain menjadi pijakan bagi proses akuntabilitas hukum melalui jalur pengadilan, undang-undang ini di dalam Pasal 47 juga memungkinkan penggunaan ruang lain dalam penyelesaian masa lalu, yakni melalui pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. Pasal 47 UU Pengadilan HAM menyebutkan :

- (1) Pelanggaran hak sasi manusia yang berat yang terjadi sebelum berlakunya Undang-undang ini tidak menutup kemungkinan penyelesaiannya dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.
- (2) Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk dengan undang-undang.¹³

Ketentuan di dalam Pasal 47 UU Pengadilan HAM ini selaras dengan mandat reformasi yang dituangkan di dalam TAP MPR No. V/MPR/2000 tentang Pementapan Persatuan dan Kesatuan Nasional. Di dalam Bab V Tap MPR No. V/MPR/2000 perihal Kaidah Pelaksanaan, dalam butir 3 secara lengkap disebutkan :

Membentuk Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Nasional sebagai lembaga ekstrasudisial yang jumlah anggota dan kriterianya ditetapkan dengan undang-undang. Komisi ini bertugas untuk menegakkan kebenaran dengan mengungkapkan penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran hak asasi manusia di masa lampau, sesuai dengan ketentuan hukum dan perundang-undangan yang berlaku, dan melaksanakan rekonsiliasi dalam perspektif kepentingan bersama sebagai bangsa. Langkah-langkah setelah pengungkapan kebenaran, dapat dilakukan pengakuan kesalahan, permintaan maaf, pemberian maaf, perdamaian, penegakan hukum, amnesti, rehabilitasi, atau alternatif lain yang bermanfaat untuk menegakkan persatuan dan kesatuan bangsa, dengan sepenuhnya memerhatikan rasa keadilan dalam masyarakat.

Guna meneruskan mandat dari TAP MPR No. V/MPR/2000, pada tahun 2003, pemerintah dan DPR memulai pembahasan RUU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR) di DPR. Pembahasan RUU ini dilakukan DPR dengan membentuk Panitia Khusus (Pansus) yang terdiri dari 50 orang dari lintas fraksi. Pembahasan RUU KKR memakan waktu lebih dari satu setengah tahun sebelum akhirnya di sahkan menjadi undang-undang pada 7 September 2004. Tragisnya, belum lagi sempat terbentuk kelembagaan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, Mahkamah Konstitusi pada Kamis, 7 Desember 2006, dalam perkara No. 006/PUU-IV/2006, membatalkan UU No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.¹⁴

¹³ Lihat UU No 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM

¹⁴ Indriaswati Dyah Saptaningrum, dkk., *Menjadikan Hak Asasi Manusia sebagai Hak Konstitusional:*

Ada fakta lain yang juga menarik, bahwa pembentukan KKR dalam UU secara nasional sebenarnya juga dimaksudkan untuk menjadi acuan pelaksanaan pengungkapan kebenaran dan pewujudan rekonsiliasi di daerah-daerah yang dilanda konflik disintegrasi. Beberapa saat sebelum dibatalkannya UU No. 27 Tahun 2004 tentang KKR, pemerintah mengundang UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, yang juga mengamanatkan pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi di Aceh. Di dalam Pasal 229 ayat (1) UU Pemerintahan Aceh disebutkan, “*Untuk mencari kebenaran dan rekonsiliasi, dengan Undang-Undang ini dibentuk Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi di Aceh*”. Mandat pembentukan KKR di Aceh ini, juga merupakan kelanjutan dari Kesepakatan Damai Helsinki, antara Pemerintah Indonesia dengan GAM. Di dalam bagian Hak Asasi Manusia, yang menjadi salah satu klausula kesepakatan damai, disebutkan bahwa KKR di Aceh akan dibentuk oleh KKR Indonesia, dengan tugas untuk memformulasikan dan menetapkan langkah-langkah rekonsiliasi.¹⁵

Setelah pembatalan UU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, hampir tidak ada kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah, terkait dengan upaya penyelesaian pelanggaran HAM yang terjadi di masa lalu. Justru yang terjadi adalah sejumlah penundaan oleh Kejaksaan Agung untuk menidaklanjuti hasil penyelidikan yang dilakukan oleh Komnas HAM, dengan melakukan proses penyidikan dan penuntutan. Terhitung sejak masa pemerintahan Yudhoyono, tidak satu pun pengadilan HAM ad hoc dibentuk untuk mengadili kasus-kasus pelanggaran HAM masa lalu.

Mandat putusan MK untuk membuat kebijakan hukum baru atau mencari inisiatif baru penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu, khususnya yang melalui jalur rekonsiliasi, pun tidak dilakukan dalam hingga hampir 7 tahun pasca-pembatalan. RUU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi yang kabarnya sudah disiapkan oleh pemerintah, pun tidak kunjung dilakukan pembahasan, dengan alasan yang sebenarnya lebih bersifat politis dari pada prinsipil. Lebih mengherankannya lagi, merujuk pada UU No. 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional, disebutkan tentang pentingnya melaksanakan rekonsiliasi nasional untuk menyelesaikan dan menuntaskan persoalan-persoalan yang masih menggantung pada masa yang lalu, seperti pelanggaran HAM berat dan tindakan-tindakan kejahatan politik yang dilakukan atas nama negara, sebagai salah satu bagian dari konsolidasi demokrasi. Akan tetapi menjelang satu dekade masa pemerintahan SBY, belum menampakkan ada tanda-tanda untuk mengimplementasikan rencana ini.

Rekomendasi DPR terkait kasus penghilangan orang secara paksa 1997-1998 yang dikeluarkan pada 2009, sampai dengan saat ini pun belum ditindaklanjuti dengan langkah berarti, kecuali rencana ratifikasi konvensi anti-penghilangan paksa, yang dituangkan di

Pandangan Kritis atas Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Judicial Review UU KKR dan Implikasinya bagi Penyelesaian Pelanggaran HAM di Masa Lalu, Seri Briefing Paper ELSAM, No. 01 January 2007.

¹⁵ Lihat *Memorandum of Understanding* antara Pemerintah RI dengan GAM

dalam RAN HAM dan Prolegnas. Khusus untuk kasus penghilangan paksa, naif ketika dalam pidatonya, Presiden mengatakan, “*Proses hukum itu sebetulnya sudah ada dan sudah dilakukan, bahkan mereka, nama-nama yang diduga terlibat dalam penculikan atau kasus orang hilang juga sudah dijatuhi hukuman, ada yang dipecat, ada yang diberikan hukuman apa pun. Berarti proses pengadilan itu sudah terjadi*”.¹⁶

Ketentuan universal tentang HAM yang berlaku secara internasional menghendaki adanya pemulihan yang efektif (*effective remedy*) selain sebagai bentuk penyelesaian atas terjadinya pelanggaran HAM, sekaligus sebagai mekanisme jaminan preventif berulangnya pelanggaran HAM di masa depan (prinsip *guarantee of non-repetition*). Mekanisme *effective remedy* ditegaskan dalam Kovenan Internasional tentang hak sipil dan politik yang telah diratifikasi dengan UU No 12 Tahun 2005. Pelanggaran HAM harus bisa ditangani oleh mekanisme peradilan (hukum), dalam hal ini setiap pelanggaran HAM harus bisa dilakukan investigasi, proses penuntutan/prosekusi, pengadilan, dan penghukuman bagi pelaku, sementara korban harus diberikan ganti rugi/reparasi, baik rehabilitasi, restitusi, atau kompensasi. Kegagalan memenuhi standar tersebut merupakan sebuah Impunitas.

Ketentuan di atas kemudian lebih dikenal sebagai prinsip hak-hak korban, karena serangkaian prinsip ini secara sempurna dimiliki oleh para korban (pelanggaran HAM). Hak-hak korban di sini mencakup hak atas kebenaran (*rights to know*), hak atas keadilan (*rights to justice*), dan hak atas pemulihan (*rights to reparation*).¹⁷

Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik menggariskan ketentuan bagaimana kewajiban dan tugas negara bila menghadapi suatu pelanggaran HAM (*human rights violence*) dijelaskan pada Pasal 2 (paragraf 3) yang menyatakan bahwa setiap negara pihak pada Kovenan ini berjanji:

- a) Menjamin bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam Kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi;
- b) Menjamin, bahwa setiap orang yang menuntut upaya pemulihan tersebut harus ditentukan hak-haknya itu oleh lembaga peradilan, administratif, atau legislatif yang berwenang, atau oleh lembaga berwenang lainnya yang diatur oleh sistem hukum Negara tersebut, dan untuk mengembangkan segala kemungkinan upaya penyelesaian peradilan;
- c) Menjamin, bahwa lembaga yang berwenang tersebut akan melaksanakan penyelesaian demikian apabila dikabulkan.

¹⁶ Lihat Transkrip Dialog Presiden Republik Indonesia dengan Wartawan Istana Kepresidenan pada Acara Silaturahmi dengan Wartawan Istana Kepresidenan, di Istana Negara, 13 Februari 2012 Pertama kali dipublikasikan dalam Buletin Asasi Elsam edisi Januari-Februari 2012.

¹⁷ Lihat Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation, Resolusi Majelis Umum PBB 60/147 tertanggal 16 Desember 2005

Ketidakmungkinan *de jure* atau *de facto* untuk membawa pelaku pelanggaran hak asasi manusia untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya baik dalam proses peradilan kriminal, sipil, administratif atau disipliner hanya akan memperpanjang barisan penindasan, memperparah luka di tubuh republic ini yang tengah berjuang memulihkan kepercayaan dirinya untuk menjadi Negara hukum yang demokratis. Ketidakmampuan dan ketidakmauan menjadikan para pelanggar HAM sebagai objek pemeriksaan yang dapat memungkinkan terciptanya penuntutan, penahanan, pengadilan dan, apabila dianggap bersalah, penghukuman dengan hukuman yang sesuai, dan selanjutnya untuk melakukan reparasi kepada korban-korban mereka akan memburamkan masa depan Negara hukum itu sendiri. Bila demikian, Negara hukum yang dikehendaki oleh UUD NRI Tahun 1945 hanya tetap akan menjadi teks yang kehilangan konteksnya. Hanya menjadi idealita yang tak ditemui dalam realita.

Konstitusionalitas Mekanisme Komisi Kebenaran & Rekonsiliasi

Pada mulanya adalah rakyat, bukan pemerintah, dan bukan pula Negara. Demikian tesis Thomas Paine tentang Konstitusi. Konstitusi Indonesia adalah dasar hukum rakyat untuk berdiri sama tinggi dan duduk sama rendah dengan bangsa lain untuk tak dijajah lagi dalam bentuk apa pun. Konstitusi tidak hanya sebagai dokumen tertulis yang dimiliki, tetapi memberi arah ke mana bangsa harus bergerak, membentuk jati diri, dan membentuk masyarakat sipil yang beradab.¹⁸

Secara tegas oleh UUD NRI 1945 Pasal 1 ayat 3 menyatakan, “Indonesia adalah negara hukum”. Sejauh ini diketahui ada tiga prinsip dasar yang berlaku dalam tiap negara hukum, yakni *supremacy of law* (supremasi hukum), *equality before law* (persamaan atau kesederajatan di hadapan hukum), *due process of law* (penegakan hukum yang tidak boleh dilakukan dengan melanggar hukum dengan melanggar hak-hak asasi manusia). Dari ketiga prinsip inilah kemudian diturunkan ciri-ciri yang secara umum digunakan sebagai indikator bahwa suatu negara menganut paham negara hukum, yakni adanya legalitas dalam arti hukum bahwa tindakan negara maupun warga negara harus didasarkan atas dan melalui hukum.

Seperti yang telah diuraikan sebelumnya, pembatalan UU KKR oleh Mahkamah Konstitusi didasarkan pada pertimbangan hukum bahwa pasal yang dibatalkan merupakan pasal yang menjadi jantung dari tujuan UU KKR, sehingga dengan pembatalan pasal ini, maka KKR tidak lagi bisa memenuhi tujuannya, karenanya UU KKR perlu dibatalkan secara keseluruhan.

Lebih jauh ditegaskan MK dengan dinyatakannya UU KKR tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara keseluruhan, tidak berarti Mahkamah menutup upaya penyelesaian pelanggaran HAM berat di masa lalu melalui upaya rekonsiliasi. Banyak cara yang dapat

¹⁸ Lihat tulisan Yonky Karman, *Krisis Konstitusionalitas* di nasional.kompas.com, 26 Maret 2011

ditempuh untuk itu, antara lain dengan mewujudkan rekonsiliasi dalam bentuk kebijakan hukum (undang-undang) atau dengan melakukan rekonsiliasi melalui kebijakan politik dalam rangka rehabilitasi dan amnesti secara umum. Oleh karena itu, pengingkaran terhadap amanat konstitusional putusan MK, dapat pula dimaknai sebagai pengingkaran terhadap konstitusi. Apalagi bagi sebuah negara yang tengah mengalami proses transisi seperti Indonesia, hal itu dapat dianggap sebagai pengkhianatan konstitusi. Pesan keadilan dalam konstitusi yang harus ditegakkan oleh sebuah Negara hukum seharusnya disampaikan dari generasi ke generasi dan bukannya pesan itu hanya dijadikan teks-teks tanpa kontekstualisasi. Jika mekanisme penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu melalui pengadilan HAM ad hoc dianggap tidak memenuhi rasa keadilan bagi korban, maka sudah saatnya pemerintahan dalam hal ini Presiden dan DPR segera membahas RUU KKR yang baru.

KKR memang tidak menggantikan pengadilan dan sesungguhnya tidak pernah dimaksudkan untuk menggantikannya. Lembaga ini dihadirkan karena kesadaran akan adanya masalah yang serius yang melat pada sistem peradilan umum dalam menyelesaikan kejahatan terhadap HAM, apalagi bila peristiwanya terjadi pada masa lalu dan terjadi dalam skala yang amat luas, dan sistemik. Dengan kata lain, kehadiran KKR sebenarnya merupakan pengakuan diam-diam bahwa sistem peradilan umum tak dapat diharapkan terlalu banyak untuk menyelesaikan berbagai kejahatan terhadap HAM yang pengoperasiannya berada dalam wilayah pengaruh politik. Kenyataan ini memang tampak menyakitkan.¹⁹

Berdasarkan penelitiannya, Priscilla B. Hayner akhirnya merumuskan bahwa KKR yang bermutu memiliki empat kriteria fundamental. *Pertama*, memfokuskan diri pada masa lalu; *Kedua*, tidak memfokuskan diri pada kejadian khusus, tetapi berusaha menggambarkan seluruh potret pelanggaran HAM atau pelanggaran hukum humaniter internasional selama kurun waktu tertentu; *Ketiga*, bekerja dalam kurun waktu tertentu (bersifat sementara) dan selesai dengan terbitnya laporan fakta-fakta hasil temuan komisi; *Keempat*, memiliki kekuasaan yang memadai, dukungan dana, akses kepada informasi, jaminan keamanan untuk menggali masalah-masalah yang peka, dan pengaruh yang luas saat menerbitkan laporan.²⁰

Komisi kebenaran sangat berguna pada sebuah masa transisi, karena dapat mencegah proses pengadilan berkepanjangan yang sangat merugikan baik dari sisi ekonomi maupun psikologi. Komisi kebenaran bukanlah sebuah institusi hukum dan juga tidak memiliki kekuatan hukum sehubungan dengan pemberian hukuman kepada pelaku kejahatan HAM, tetapi pada saat yang sama memiliki kewenangan untuk memberikan rekomendasi bagi pemerintah untuk mengambil langkah- langkah hukum.

¹⁹ Daniel Springga, *Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi: Penyelesaian Atas Warisan Rezim Otoritarian dan Penyelamatan Masa Depan Di Indonesia*, Makalah, Disampaikan Dalam Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII yang diselenggarakan Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2003, Hal 5-6

²⁰ Priyambudi Sulistiyanto, "Politik Rekonsiliasi di Indonesia: Menuntut, Mcmaafkan dan Melupakan?" Artikel dalam *Dignitas, Jurnal Hak Asasi Manusia*, Vol. I, No. 1. Tahun 2003, Elsam, Jakarta, hlm. 63-64.

Komisi Kebenaran dapat melakukan beberapa hal penting yang secara umum tidak dapat dicapai melalui proses persi dangan di pengadilan pidana. Pertama, dapat menangani kasus dalam jumlah relatif besar dibandingkan dengan pengadilan pidana. Kedua, dapat menyediakan bantuan praktis bagi korban dengan secara spesifik mengidentifikasi dan membuktikan individu individu atau keluarga-keluarga mana saja yang merupakan korban kejahatan masa lampau sehingga secara hukum berhak untuk mendapatkan semacam bentuk reparasi di masa yang akan datang; Ketiga, dapat membantu terlaksananya semacam resolusi dengan mengakui penderitaan yang dialami korban, membuat pemetaan atas pengaruh dari kejahatan di masa lalu dan merekomendasikan reparasi. Keempat, dapat merekomendasikan pembaruan-pembaruan tertentu di dalam institusi-institusi publik, seperti di dalam kepolisian dan pengadilan dengan tujuan mencegah terulangnya kembali pelanggaran HAM; Kelima, dapat memilih antara persoalan-persoalan pertanggungjawaban dan mengungkap siapa pelaku-pelakunya.²¹

Dalam konteks Indonesia kekinian, pembentukan UU KKR yang baru benar-benar menjadi kewajiban yang semakin mendesak. UU KKR yang mengatur mekanisme dan kelembagaan KKR harus dijalankan pemerintahan saat ini karena mekanisme komisi kebenaran juga diamanatkan dalam UU yang lain, khususnya untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu di Papua dan Aceh. Bisa dipastikan, pembentukan komisi kebenaran di daerah-daerah tersebut, akan sulit terwujud dikarenakan tidak ada payung hukum yang kuat untuk dijadikan acuan bila UU KKR yang baru tidak disahkan.

Pada tahun 2001, melalui UU No. 21 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua, negara telah berjanji kepada rakyat Papua akan mempertanggungjawabkan berbagai bentuk pelanggaran HAM melalui dua instrumen, yaitu Pengadilan HAM dan KKR. UU tersebut menyatakan KKR dimaksudkan untuk “melakukan klarifikasi sejarah dan merumuskan serta menetapkan langkah-langkah rekonsiliasi” dalam rangka menjaga persatuan bangsa.

Demikian pula UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, yang juga mengamanatkan pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi di Aceh. Di dalam Pasal 229 ayat (1) UU Pemerintahan Aceh disebutkan, “*Untuk mencari kebenaran dan rekonsiliasi, dengan Undang-Undang ini dibentuk Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi di Aceh*”. Namun, pembentukan KKR melalui Qanun tidak akan bisa dilaksanakan bila UU KKR baru belum disahkan.

Bila UU KKR baru tidak segera dibahas dan ditetapkan oleh Pemerintah dan DPR, maka tentu hal ini akan menciderai rasa keadilan bagi korban dan keluarga korban pelanggaran HAM masa lalu. Tindakan itu juga akan dianggap pengkhianatan penguasa terhadap prinsip keadilan yang sangat mendasari konstitusi UUD NRI tahun 1945.

²¹ Agus Raharjo, Op Cit, Hal 10

Dalam Pembukaan UUD 1945, ide dan pesan keadilan ini jelas tergambar dalam banyak rumusan. Dalam Alinea I dinyatakan adanya prinsip “perikemanusiaan dan perikeadilan” yang dijadikan alasan mengapa penjajahan di atas dunia harus dihapuskan. Tentu saja termasuk penjajahan oleh bangsa sendiri. Pada Alinea II digambarkan bahwa bangsa kita telah berhasil mencapai pintu gerbang “Negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil, dan makmur”. Dalam batang tubuh Pasal 28H ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, diatur pula bahwa “Setiap orang berhak mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan”. Keadilan menjadi roh dalam Konstitusi.

Sesudah perubahan kedua UUD 1945 pada tahun 2000, semua instrumen HAM Internasional sudah diadopsikan menjadi muatan UUD 1945, maka setiap warganegara Indonesia dapat dikatakan memiliki hak konstitusional yang wajib dipenuhi oleh negara dalam hal ini pemerintah dalam setiap kegiatan penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan Negara.

Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945 menggariskan bahwa perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah. Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.²²

Bangsa ini terutama para pemangku kekuasaan harus memahami tujuan mulia yang berada dibalik motivasi dibentuknya UU KKR yaitu *truth telling* (pengungkapan kebenaran) dan *healing* (penyembuhan) atas pelanggaran HAM yang pernah terjadi di masa lampau. Dengan adanya UU ini yang kemudian diikuti dengan pembentukan kelembagaan komisinya, kasus-kasus pelanggaran HAM diharapkan dapat terkuak dan penderitaan korban dapat terobati.

Menghadapi kenyataan seperti ini, para korban pelanggaran HAM masa lalu harus berani menggugat meskipun persoalannya tidak hanya menggugat, karena persoalan terbesar adalah menyelesaikan seluruh luka-luka lama yang prosesnya tidak akan selesai hanya dengan proses yudisial. Harus dipahami benar bahwa hanya dengan kondisi tanpa luka lagi, bangsa ini bisa terus bergerak maju mencapai cita-cita pendiriannya.

Patut diingat selalu bahwa putusan MK yang membatalkan UU KKR sudah merupakan bukti nyata bahwa pemerintah bersama-sama dengan DPR tidak memiliki kejelasan sikap dalam penanganan kasus pelanggaran HAM berat masa lalu. Ketidakjelasan tersebut tergambar jelas pada UU KKR yang terbukti berdasarkan putusan MK bertentangan dengan konstitusi dan prinsip-prinsip penegakkan HAM. Putusan MK harus ditafsirkan sebagai

²² Lihat Pasal 28I ayat (4 dan 5) UUD NRI Tahun 1945

keharusan bagi pemerintah dan DPR untuk segera menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat masa lalu. Namun, apabila cara penyelesaian yang ditempuh adalah penyelesaian politik berupa pemberian rehabilitasi atau amnesty umum semata, maka harus ditolak, karena tidak memberikan kepastian hukum.

Walaupun dalam pertimbangan Mahkamah Konstitusi terlihat adanya opsi untuk amnesty secara umum, akan tetapi hal itu harus melalui pengungkapan kebenaran terlebih dahulu. Sejalan dengan itu, Jose Zalaquett, mantan pengacara HAM Amnesti Internasional mengajukan tiga syarat pemberian amnesti pada pelaku kejahatan berat HAM yaitu :

- a) Kebenaran harus terlebih dahulu ditegakkan.
- b) Amnesti tidak diberikan untuk kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*) dan genosida (*genocide*).
- c) Amnesti harus sesuai dengan ‘keinginan’ rakyat.

Berdasar kerangka itu, amnesti yang bersifat ‘*self-amnesty*’ yang berarti amnesti yang diberikan kepada aparat negara, misalnya militer atau polisi, tidak dibenarkan. ‘Self-amnesty’ harus ditolak, karena memungkinkan negara mengadili sendiri kasusnya. Bila ini terjadi berarti melanggar prinsip ‘*no one can be judge in his own suit*’. Negara akan kehilangan objektivitasnya bila mengadili aparatusnya sendiri, meski dijalankan oleh pemerintahan yang baru.

Kewajiban negara dalam penyelesaian pelanggaran HAM berat di masa lalu adalah memberikan hak-hak korban yang mencakup hak atas kebenaran (*the right to know the truth*), hak atas keadilan (*the right to justice*), maupun hak atas pemulihan (*the rights to reparations*). Dalam konteks teori keadilan, maka mekanisme KKR bias menyiapkan prasyarat untuk mewujudkan keadilan restorative, keadilan reparative, dan keadilan konstruktif sekaligus.

Konsep Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi lahir dari sebuah gagasan bahwa masyarakat sebagai pemegang kedaulatan berhak tahu apa yang sebenarnya terjadi pada pelanggaran berat HAM masa lalu. Konteks hak seperti ini berbeda dibandingkan dengan penyelidikan untuk tujuan-tujuan prosekusi lainnya sebagaimana dalam mekanisme pengadilan HAM. Secara substansial mekanisme komisi kebenaran dan rekonsiliasi diarahkan untuk melakukan pembongkaran serta upaya untuk menghidupkan lagi memori-memori kolektif masyarakat serta melakukan konstruksi kebenaran bersama yang sangat berguna bagi rekonstruksi ke depan. Sehingga pada akhirnya Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi ini bukan merupakan sebuah ajang balas dendam bagi korban tetapi lebih kepada “memaafkan tetapi tidak melupakan”. Di satu sisi, ini merupakan bagian dari kewajiban pemerintahan transisi untuk mengingat, kewajiban menghukum dan kewajiban untuk memberikan reparasi.

PENUTUP

Tanpa penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat masa lalu, maka rezim orde reformasi sampai kapanpun akan tetap dianggap mengkhianati amanah reformasi dan tidak akan pernah mampu mewujudkan demokratisasi dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Penyelesaian kasus pelanggaran HAM masa lalu wajib dilakukan demi tegaknya Negara hukum sesuai konstitusi UUD NRI 1945. Negara tidak akan dapat melangkah maju dengan mengemban luka-luka masa lalu.

Salah satu jalan untuk menyegerakan penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu adalah dengan segera membentuk UU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, karena RUU KKR sebelumnya telah masuk dalam program legislasi nasional tahun 2011, namun kini tidak jelas perkembangannya. Memang inisiatif dan terlebih lagi *political will* penguasa dalam hal ini pemerintah dan DPR sangat dibutuhkan dalam merealisasikan UU KKR yang baru. Apalagi putusan Mahkamah Konstitusi tahun 2006 yang membatalkan UU KKR harus dimaknai sebagai penegasan adanya kewajiban bagi rezim orde reformasi untuk segera menyelesaikan kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu.

Kegagalan pengadilan HAM ad hoc untuk memberikan keadilan bagi korban pelanggaran HAM dalam beberapa kasus yang coba diselesaikan mengindikasikan perlunya jalan lain yang baru untuk menyelesaikan kasus pelanggaran HAM masa lalu. Mekanisme KKR menjadi pilihan konstitusional untuk itu. Hal ini tidak hanya terkait putusan MK yang merekomendasikan pembentukan kebijakan hukum dalam bentuk UU KKR semata, tapi juga terkait dengan penyelesaian dan rekonsiliasi nasional untuk konflik di Aceh dan Papua, dimana UU Pemerintahan Aceh dan UU Otonomi Khusus Papua juga merekomendasikan pembentukan KKR untuk mengungkap kebenaran dan mewujudkan rekonsiliasi demi menjaga keutuhan bangsa.

Penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu tidak hanya dimaksudkan untuk memenuhi amanah konstitusi, memenuhi rasa keadilan bagi korban dan keluarga korban, tetapi tentu saja untuk mencegah langgengnya praktek impunitas dan berulangnya pelanggaran HAM di masa datang.

Mencermati konstitusionalitas dan urgensi penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat masa lalu melalui mekanisme komisi kebenaran dan rekonsiliasi, maka hendaknya para pegiat HAM juga meminta dukungan internasional. Dukungan internasional terutama dari Negara-negara yang telah lebih dahulu menggunakan mekanisme KKR dan berhasil, akan menjadi amunisi yang ampuh untuk mendesak pemerintah dan DPR untuk segera menyelesaikan kewajiban konstitusionalnya untuk menetapkan UU KKR yang baru.

DAFTAR PUSTAKA

- Hilmar Farid & Rikardo Simarmata. 2004. *Demi Kebenaran, Pemetaan Upaya-Upaya Pencarian Keadilan dalam Masa Transisi di Indonesia*. Jakarta: ELSAM.
- Ifdal Kasim, dkk. 2001. *Setelah Otoritarianisme Berlalu: Esai-Esai Keadilan di Masa Transisi*. Jakarta: ELSAM.
- Miriam Budiharjo. 1998. *Dasar-dasar Ilmu Politik*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim. 1988. *Hukum Tata Negara Indonesia*. Jakarta: Sinar Bakti.
- Sumber lainnya:**
- Abdul Hakim G Nusantara, *Negara Hukum Dan Hak Asasi Manusia*, Makalah disampaikan pada training HAM bagi pengajar hukum & HAM, Makassar, 3-6 Agustus 2010, PUSHAM UII & Norwegian Centre of Human Rights.
- Agus Raharjo, *Implikasi Pembatalan UU KKR Terhadap Prospek Penanganan Pelanggaran Berat HAM*, Mimbar Hukum Volume 19 Nomor 1 Februari 2007.
- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation, Resolusi Majelis Umum PBB 60/147 tertanggal 16 Desember 2005
- Daniel Sparingga, *Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi: Penyelesaian Atas Warisan Rezim Otoritarian dan Penyelamatan Masa Depan Di Indonesia*, Makalah, Disampaikan Dalam Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII yang diselenggarakan Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2003
- Elsam, Transkrip Dialog Presiden Republik Indonesia dengan Wartawan Istana Kepresidenan pada Acara Silaturahmi dengan Wartawan Istana Kepresidenan, di Istana Negara, 13 Februari 2012 Pertama kali dipublikasikan dalam Buletin Asasi Elsam edisi Januari-Februari 2012
- Hajriyanto Y Thohari, *Ikhtiar Penyelesaian Pelanggaran HAM masa lalu; Membangun Indonesia yang lebih bermartabat*, Makalah, disampaikan dalam diskusi Penanganan Pelanggaran HAM, dilaksanakan oleh Elsam, 12 April 2011 Hal. 2
- Indriaswati Dyah Saptaningrum, dkk., *Menjadikan Hak Asasi Manusia sebagai Hak Konstitusional: Pandangan Kritis atas Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Judicial Review UU KKR dan Implikasinya bagi Penyelesaian Pelanggaran HAM di Masa Lalu*, Seri Briefing Paper ELSAM, No. 01 January 2007.
- Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Pemasyarakatan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (Sesuai dengan Urutan Bab, Pasal dan ayat)*, Sekertaris Jendral MPR RI, Jakarta, 2010

Priyadi Arief, *Menatap Masa Depan Penanganan Pelanggaran HAM di Indonesia : Persepsi Keluarga Korban*, Makalah, Disampaikan dalam acara diskusi di Kampus Univ.Atma Jaya Nopember 2001, dalam rangka Peringatan Tiga Tahun Peristiwa Semanggi1-13November 1998

Priyambudi Sulistiyanto, *Politik Rekonsiliasi di Indonesia: Menuntut, Mcmaafkan dan Melupakan?*, Artikel dalam Dignitas, Jurnal Hak Asasi Manusia, Vol. I, No. 1. Tahun 2003, Elsam, Jakarta.

EKSISTENSI YAYASAN DAN TANGGUNG JAWAB PENGURUS BADAN HUKUM YAYASAN

Oleh:
Rajab Lestaluhu
Universitas Muhammadiyah Sorong

Abstract: *Foundation of Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 as legitimacy and the juridical basis of the foundation. The law is intended to be a reference beacon to the community about the foundation. Board occupies a central position in the control of the foundation, and this has a major responsibility, either into or out. Board is fully responsible. Top management foundation, both for the benefit and purpose of the foundation and to represent the foundation both inside and outside the court, in accordance with the principle of persona Stand in judicio, this means that the board represents the foundation in a lawsuit or sued. Administrators personally liable if the party concerned is not doing its job in accordance with the statutes.*

Keywords: *Foundation, Management Responsibility, Corporation*

Abstrak: *Disahkannya Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan, menjadi legitimasi dan sebagai landasan yuridis dari yayasan. Undang-undang ini dimaksudkan untuk menjadi rambu acuan kepada masyarakat mengenai yayasan. Pengurus menempati kedudukan sentral dalam mengendalikan yayasan dan hal ini memberikan tanggung jawab yang besar, baik kedalam maupun keluar. Pengurus bertanggung jawab sepenuhnya. Atas kepengurusan yayasan, baik untuk kepentingan maupun tujuan yayasan serta mewakili yayasan baik didalam maupun diluar pengadilan, sesuai dengan asas persona Stand in judicio, ini berarti bahwa pengurus mewakili yayasan dalam melakukan gugatan atau digugat. Pengurus bertanggung jawab secara pribadi apabila yang bersangkutan dalam melakukan tugasnya tidak sesuai dengan anggaran dasar.*

Kata Kunci: *Yayasan, Tanggung Jawab Pengurus, Badan Hukum*

PENDAHULUAN

Pendirian yayasan di Indonesia bertujuan sebagai wadah mengembangkan kegiatan sosial, keagamaan dan kemanusiaan. Namun pada tataran praktis, kecenderungan masyarakat mendirikan yayasan dengan maksud untuk berlindung dibalik status badan hukum yayasan, yang tidak hanya digunakan sebagai wadah mengembangkan kegiatan sosial, keagamaan dan kemanusiaan, melainkan juga ada kalanya bertujuan untuk memperkaya diri para pendiri, pengurus dan pengawas.

Sejalan dengan kecenderungan tersebut, timbul pula berbagai masalah, baik masalah yang berkaitan dengan kegiatan yayasan yang tidak sesuai dengan maksud dan tujuan yang tercantum dalam anggaran dasar, sengketa antara pengurus dan pendiri atau pihak lain, maupun adanya dugaan bahwa yayasan digunakan untuk menampung kekayaan yang berasal dari para pendiri atau pihak lain yang diperoleh dengan cara melawan hukum. Akhirnya,

disahkanlah Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan (UU No. 16 Tahun 2001) sebagai rambu yang mengatur jalannya pengelolaan yayasan.

UU No. 16 Tahun 2001 ini dimaksudkan untuk memberikan pemahaman yang benar kepada masyarakat mengenai yayasan, menjamin kepastian dan ketertiban hukum serta mengembalikan fungsi yayasan sebagai pranata hukum dalam rangka mencapai tujuan tertentu dibidang sosial, keagamaan dan kemanusiaan. Namun banyaknya sengketa yang melibatkan yayasan maupun internal lembaga organ dalam yayasan telah menimbulkan ketidakpastian dan ketidaktertiban hukum telah menjadi latar belakang kembali diundang-undangkannya Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan.

Kesederhanaan lembaga Yayasan serta alasan administrasi yang sederhana lebih banyak alasan yang dikemukakan oleh para pendiri untuk menggunakan yayasan sebagai bentuk organisasi dalam menjalankan kegiatan-kegiatannya. Harus diakui bahwa banyak yayasan yang telah menyumbangkan kegiatan dan kekayaan para pendiri maupun para pengurus untuk pembangunan manusia Indonesia tercinta. Hal ini dapat diperhatikan seperti untuk kegiatan di bidang pendidikan yang dilakukan oleh organisasi keagamaan (Kristen, Islam, Katolik, Budha dan Hindu serta aliran kepercayaan lainnya). Demikian pun kegiatan di sektor kesehatan, seperti rumah sakit serta panti-panti jompo maupun kegiatan-kegiatan lainnya.

Selain itu, ketika banyak yayasan yang disalahgunakan untuk kegiatan non kemanusiaan, sosial dan keagamaan, maka penyederhanaan persoalan yayasan menjadi persoalan tersendiri. Ternodanya lembaga yayasan akibat kegiatan beberapa yayasan yang dianggap telah menyalahgunakan yayasan telah menjerumuskan para pembuat undang-undang untuk menformulasikan rumusan ketentuan undang-undang menjadi begitu rumit dan bahkan dapat dipastikan tidak akan berjalan sesuai dengan rumusan undang-undang tersebut dalam praktiknya.

Harus diakui bahwa banyak yayasan yang telah menyalahgunakan lembaga yayasan untuk kegiatan yang sifatnya sangat berorientasi pada keuntungan semata (*profit oriented*), namun dapat dikatakan jumlah yayasan yang melakukan kegiatan yang baik dan sesungguhnya lebih banyak yang kegiatannya menyimpang dari tujuan yayasan. Lagipula sangat tidak bijaksana, kalau pembuat undang-undang merumuskan ketentuan tentang yayasan yang semula lembaga yang sifatnya non profit dan sukarela serta merupakan gerakan masyarakat yang begitu mulia menjadi begitu birokratis hanya karena perilaku buruk beberapa pihak yang menyalahgunakan lembaga yayasan.

Sungguh sangat membebankan kegiatan-kegiatan pendidikan, sosial, rumah yatim piatu atau rumah jompo serta kegiatan kemanusiaan lainnya apabila kegiatan mereka harus menyesuaikan kepentingan birokratis yang begitu rumit dan memakan biaya yang tidak sedikit hanya untuk memenuhi undang-undang yayasan yang pembuatannya kurang bijaksana.

Setelah diundangkannya undang-undang yayasan, maka secara tegas dalam undang-undang yayasan disebutkan bahwa yayasan adalah badan hukum dan memperoleh status badan hukum setelah akta pendirian memperoleh pengesahan dari menteri.¹ Bagi yayasan yang telah ada sebelum berlakunya undang-undang yayasan, tetap diakui pula sebagai badan hukum tetapi harus memenuhi persyaratan tertentu seperti telah terdaftar dan diumumkan atau terdaftar mempunyai izin operasi dari instansi terkait.

Selain ketentuan di atas, juga wajib menyesuaikan anggaran dasarnya dengan undang-undang yayasan dan yayasan tersebut wajib didaftarkan di Departemen Hukum dan HAM paling lambat satu tahun setelah pelaksanaan penyesuaian. Di satu sisi, masih banyak yayasan yang belum terdaftar di Pengadilan Negeri atau tidak diumumkan di dalam lembaran negara, sementara di sisi lain, dalam pasal serta penjelasan undang-undang yayasan tersebut tidak dicantumkan sanksi bagi yayasan yang tidak melaksanakan kewajiban tersebut, sehingga belum diketahui eksistensi yayasan yang didirikan sebelum berlakunya undang-undang yayasan.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Ruang Lingkup Yayasan

Berdasarkan Pasal 1 butir 1 UU No. 16 Tahun 2001, yang dimaksud dengan yayasan adalah “Badan hukum yang terdiri atas kekayaan yang dipisahkan untuk mencapai tujuan tertentu di bidang sosial, keagamaan, dan kemanusiaan, yang tidak mempunyai anggota.” Dengan ketentuan ini, maka status badan hukum yayasan, yang semula diperoleh dari sistim terbuka penentuan suatu badan hukum, beralih berdasarkan sistim tertutup. Artinya, sekarang yayasan menjadi badan hukum Karena undang-undang atau berdasarkan undang-undang, bukan berdasarkan sistim terbuka, yang berlandaskan pada kebiasaan, doktrin, dan ditunjang oleh yurisprudensi.

Suatu badan hukum dapat merupakan atau terdiri dari kekayaan yang dipisahkan untuk mencapai tujuan tertentu adalah berdasarkan teori kekayaan bertujuan yang pada mulanya diajukan oleh A. Brinz. Menurut teori ini, hanya manusia yang dapat dijadikan subyek hukum. Akan tetapi, merupakan suatu kenyataan yang tidak dapat dibantah adanya hak-hak atas suatu kekayaan, sedangkan tidak ada satu manusia pun yang menjadi pendukung hak-hak itu. Apa yang dinamakan hak-hak dari suatu badan hukum, sebenarnya adalah hak-hak yang tidak ada yang memilikinya dan sebagai gantinya adalah suatu harta kekayaan yang terikat oleh suatu tujuan atau kekayaan yang dimiliki oleh tujuan tertentu. Pada yayasan tujuan itu adalah bersifat idealistis, sosial, dan kemanusiaan. Teori ini secara selintas mendukung pula pandangan bahwa yayasan adalah milik masyarakat.

¹ Lihat, Pasal 11 ayat (1) UU No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan

Secara struktural, berbeda dengan lazimnya suatu yayasan sebelum lahirnya UU No. 16 Tahun 2001, di mana organ yayasan terdiri dari pendiri, pengurus, dan kadang-kadang ada pengawas internal. Sedangkan menurut UU No. 16 Tahun 2001, terdiri dari Pembina, dan pengawas. Hal ini berdasarkan pada ketentuan Pasal 2 Undang-undang yayasan No.16 tahun 2001 yaitu yayasan mempunyai organ yang terdiri dari atas Pembina, Pengurus, dan Pengawas.

1. *Pembina*

Diciptakannya organ Pembina sebagai pengganti pendiri, menurut Chatamarrasjid,² disebabkan dalam kenyataannya, pendiri yayasan pada suatu saat dapat tidak ada sama sekali, yang diakibatkan karena pendiri meninggal dunia ataupun mengundurkan diri. Keadaan di mana tidak ada seorang pun pendiri atau pendiri hanya tinggal satu orang, memberikan kesempatan kepada pendiri yang masih ada untuk memanipulasi yayasan untuk kepentingan diri sendiri. Hal yang sama juga dapat dilakukan pengurus dalam hal ketiadaan pendiri. Adanya organ Pembina ini merupakan suatu hal yang baik untuk menghindarkan hal-hal yang mengakibatkan yayasan beralih dari tujuannya.

Maka dari itu, dalam sebab apapun yayasan tidak lagi mempunyai Pembina, maka paling lambat tiga puluh hari setelah keadaan itu terjadi, harus di adakan rapat anggota pengurus dan anggota pengawas untuk mengangkat Pembina, untuk mengisi kekosongan yang terjadi. Jadi, setiap kali ada kekosongan anggota Pembina dilakukan rapat Pembina, dan/atau rapat pengurus serta pengawas untuk mengangkat anggota Pembina anggota Pembina diangkat dari orang perseorangan yang adalah pendiri yayasan dan/atau yang berdasarkan anggota Pembina dinilai mempunyai dedikasi yang tinggi untuk mencapai maksud dan tujuan yayasan. Pembina mempunyai semua kewenangan yang tidak diserahkan, baik kepada pengurus maupun pengawas oleh undang-undang ataupun anggaran dasar. Dapat disimpulkan bahwa Pembina adalah organ tertinggi dalam yayasan karena bisa memberhentikan dan mengangkat pengurus dan pengawas.

2. *Pengurus*

Peranan pengurus amatlah dominan pada suatu organisasi. Pada yayasan hal ini lebih mencolok lagi dalam keadaan tiadanya pendiri ataupun pada situasi dimana pendiri merangkap sebagai pengurus. Pengurus adalah organ yayasan yang melaksanakan kepengurusan yayasan. Pengurus tidak boleh merangkap sebagai Pembina atau pengawas. Larangan perangkapan jabatan dimaksud untuk menghindari kemungkinan tumpang tindik kewenangan tugas dan tanggung jawab antara Pembina, pengurus, dan pengawas yang dapat merugikan kepentingan yayasan atau pihak lain.

² Chatamarrasjid, *Badan Hukum Yayasan*. Edisi Revisi. (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 9.

Pengurus yayasan diangkat oleh Pembina berdasarkan keputusan rapat Pembina untuk jangka waktu selama lima tahun dan dapat diangkat kembali untuk satu kali masa jabatan. Pengangkatan, pemberhentian, dan penggantian pengurus harus dilakukan sesuai dengan ketentuan yang terdapat didalam anggaran dasar yayasan. Pengurus dapat diganti setiap saat sebelum masa jabatannya berakhir jika dinilai oleh Pembina melakukan tindakan yang merugikan yayasan. Pergantian pengurus harus diberitahukan kepada menteri kehakiman dan Hak Asasi Manusia, paling lambat tiga puluh hari setelah dilakukannya penggantian pengurus.

Jika pengurus melakukan perbuatan hukum untuk dan atas nama yayasan, anggaran dasar dapat membatasi kewenangan tersebut dengan menentukan bahwa untuk perbuatan hukum tertentu diperlukan persetujuan terlebih dahulu dari Pembina dan atau pengawas, misalnya untuk menjaminkan kekayaan yayasan guna membangun sekolah atau rumah sakit. Selanjutnya, pengurus juga dilarang mengadakan perjanjian dengan organisasi yang terafiliasi dengan yayasan, organ yayasan, dan karyawan yayasan, kecuali bila perjanjian tersebut bermanfaat bagi tercapainya tujuan yayasan.

3. *Pengawas*

UU No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan mengatur adanya suatu badan pengawas atau pengawas dalam suatu yayasan, Yang bersifat internal yayasan itu sendiri. Undang-undang ini tidak mengatur adanya suatu pengawas atau badan pengawas eksternal, seperti *Charity commission* di Inggris umpamanya. Jadi, disini pengawas itu merupakan organ dari masing-masing yayasan. Pengawas mengawasi serta memberi nasihat kepada pengurus. Pengawas tidak boleh merangkap sebagai Pembina atau pengurus. Pengawas diangkat dan sewaktu-waktu dapat diberhentikan berdasarkan keputusan rapat Pembina sesuai dengan ketentuan dalam anggaran dasar.

Pengawas dapat memberhentikan pengurus untuk sementara dengan mengemukakan alasan-alasan pemberhentian dan melaporkan dalam jangka waktu yang ditetapkan kepada Pembina dan Pembina yang akan menentukan apakah pengurus diberhentikan untuk seterusnya ataupun justru pemberhentian dibatalkan. Pengawas diangkat oleh Pembina untuk jangka waktu lima tahun dan dapat diangkat kembali untuk satu kali masa jabatan. Pembina wajib memberitahukan secara tertulis perihal penggantian ini kepada menteri kehakiman dan hak asasi manusia, dan kepada instansi terkait. Penggantian ini harus sesuai dengan ketentuan dalam anggaran dasar atau pengadilan dapat membatalkannya atas permintaan yang berkepentingan, dan kejaksaan dalam hal mewakili kepentingan umum.

Pengawas didalam melakukan tugasnya haruslah berdasarkan kecakapan dan kehati-hatian yang seharusnya dimiliki oleh seorang pengawas. Oleh karena itu, bila kepailitan terjadi karena kesalahan atau kelalaian, setiap anggota pengawas secara tanggung renteng atas

kerugian tersebut, kecuali anggota yang dapat membuktikan bahwa kepailitan bukan karena kesalahan atau kelalaian anggota tersebut. Anggota pengawas yang dinyatakan bersalah berdasarkan keputusan pengadilan dalam jangka waktu paling lama lima tahun sejak putusan tersebut memperoleh kekuatan hukum tetap, tidak dapat diangkat menjadi pengawas yayasan manapun.

Kedudukan Yayasan Sebagai Badan Hukum

Menurut Paul Scholten dan Pitlo,³ kedudukan badan hukum itu diperoleh bersama-sama dengan berdirinya yayasan. Hanya saja ada kewajiban bagi pengurus untuk mendaftarkan dan mengumumkan. Apabila tidak didaftarkan dan diumumkan, maka selain yayasan, para penguruspun bertanggung jawab secara tanggung-menanggung untuk perbuatan yang dilakukan atas nama yayasan. Pendaftaran dan pengumuman dimaksudkan sebagai pengawasan yang bersifat represif oleh pemerintah. Selain itu, juga penting sebagai penerangan (informasi) untuk pihak-pihak ketiga yang berkepentingan.

Sejatinya, pendaftaran dan pengumuman akta pendiriannya serta pengesahan dari menteri hukum dan HAM sebagai tindakan prefentif tidak diwajibkan, namun dalam praktiknya, pada umumnya yayasan selalu didirikan dengan akta notaries sebagai syarat untuk terbentuknya suatu yayasan.

Ada beberapa syarat agar perkumpulan atau badan / badan usaha disebut sebagai badan hukum. Hal ini berkaitan dengan sumber hukum, khususnya dalam kaitan dengan sumber hukum formal. Menurut Chidir Ali,⁴ syarat badan hukum yang dikaji dari sumber hukum formal memberikan beberapa kemungkinan, bahwa badan hukum tersebut telah memenuhi: a) Syarat berdasarkan ketentuan perundang-undangan; b) Syarat berdasar pada hukum kebiasaan dan yuriprudensi; dan c) Syarat berdasar pada pandangan doktrin.

Selanjutnya, yayasan memperoleh status badan hukum setelah akta pendirian yayasan memperoleh pengesahan dari Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia atau oleh kepala kantor wilayah Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia atas nama menteri kehakiman dan hak asasi manusia, sebaigamana tercantum dalam Pasal 11 UU No. 16 Tahun 2001, yang mengatur bahwa:

- (1) Yayasan memperoleh status badan hukum setelah akta pendirian yayasan sebagaimana dimaksud oleh Pasal 9 ayat (2) memperoleh pengesahan dari menteri.
- (2) Kewenangan menteri dalam memberikan pengesahan akta pendirian yayasan sebagai badan hukum dilaksanakan oleh kepala kantor wilayah departemen kehakiman dan hak asasi manusia atas nama menteri, yang wilayah kerjanya meliputi tempat kedudukan yayasan.

³ Chidir Ali. *Badan Hukum*, (Bandung: Alumni, 1991), hlm. 89.

⁴ *Ibid*, hlm. 79-98

- (3) Dalam memberikan pengesahan, kepala kantor wilayah departemen kehakiman dan hak asasi manusia sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) dapat meminta pertimbangan dari instansi terkait.

Tanggung Jawab Pengurus Badan Hukum Yayasan

Pengurus menempati kedudukan sentral dalam mengendalikan yayasan dan hal ini memberikan tanggung jawab yang besar, baik ke dalam maupu ke luar. Pengurus bertanggung jawab sepenuhnya atas kepengurusan yayaan, baik untuk kepentingan maupun tujuan yayasan serta mewakili yayasan baik di dalam maupun di luar pengadilan. Ini berarti bahwa pengurus mewakili yayasan dalam melakukan gugatan atau digugat. Pengurus bertanggung jawab secara pribadi apabila yang bersangkutan dalam melakukan tugasnya tidak sesuai dengan anggaran dasar. Dalam menjalankan tugasnya seorang pengurus harus berlandaskan :

1. Fiduciary Duty

Pengurus dalam melakukan tugasnya berdasarkan kepercayaan yang diberikan oleh Pembina/Pendiri, jadi harus berbuat bonafide, untuk kepentingan yayasan secara keseluruhan dan bukanlah untuk kepentingan pribadi organ yayasan, serta harus sesuai dengan tujuan dan maksud yayasan. Bilamana pengurus berbuat untuk keuntungan bagi diri mereka sendiri atau pihak ketiga, atau merugikan yayasan, perbuatan tersebut memperlihatkan tidak adanya itikad baik dari para pengurus tersebut. Ada dua prinsip standar yang harus dipenuhi oleh pengurus dalam membuat keputusan: 1) Ia harus dilakukan dengan itikad baik untuk kepentingan yayasan; dan 2) Dibuat untuk tujuan yang benar sesuai dengan tujuan yayasan

Pengurus berkewajiban untuk mempertanggungjawabkan setiap keuntungan pribadi yang diperoleh karena jabatannya kepada yayasan. Lebih jauh pengurus tidak boleh berada dalam posisi dimana kewajibannya terhadap perseroan bertentangan dengan kepentingan pribadinya konflik kepentingan ini terutama timbul bila pengurus secara pribadi melakukan transaksi dengan yayasan atau pengurus memperkerjakan dirinya sendiri untuk memperoleh kontra prestasi dari yayasan.

2. Duty of Skill and Care

Tugas dan kewajiban pengurus dalam hubungan ini berumber dari kontrak, kepatutan/ kewajiban, peraturan perundang-undangan serta anggaran dasar. Hal kealpaan atau kelalaian pengurus dapat dihubungkan dengan Pasal 1366 KUH Perdata yang mengatakan bahwa setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan kelalaian.

Perlu dikemukakan bahwa sejauh pengurus jujur, ia tidak bertanggung jawab atas kerugian yang timbul, kecuali kesalahan yang timbul Karena kelalaian yang amat-sangat.

Tugas seorang pengurus adalah melakukan kegiatannya dengan kehati-hatian yang beralasan dapat diharapkan dari dirinya sesuai dengan pengetahuan dan pengalamannya.

3. *Statutory Duty*

Kekuasaan dan wewenang pengurus yayasan didasarkan dan dibatasi oleh anggaran dasar yayasan yang bersangkutan kewenangan bertindak pengurus yayasan, seperti halnya kemenangan bertindak pengurus suatu badan hukum dirumuskan dalam anggaran dasarnya. Anggaran dasar merupakan hukum positif yang mengikat semua organ yayasan. Kekuatan mengikat anggaran dasar tidak dapat dikesampingkan.

Pengurus tidak berwenang mengikat yayasan sebagai penjamin utang, mengalihkan kekayaan yayasan kecuali dengan persetujuan Pembina, dan membebani kekayaan yayasan untuk kepentingan pihak lain. Jika pengurus melakukan perbuatan hukum untuk dan atas nama yayasan, anggaran dasar dapat membatasi kewenangan tersebut dengan menentukan bahwa untuk perbuatan hukum tertentu diperlukan persetujuan terlebih dahulu dari Pembina dan atau pengawas misalnya untuk menjaminkan kekayaan yayasan guna membangun sekolah atau rumah sakit pengurus yang Karena kesalahan atau kelalaiannya menyebabkan yayasan pailit dan kekayaan yayasan tidak cukup untuk menutup kerugian akibat kepailitan tersebut, bertanggung jawab sebagai tanggung renteng atas kerugian tersebut.

PENUTUP

Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada pembahasan dan analisis di atas, penulis menarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Sebelum maupun sesudah berlakunya Undang-Undang No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan telah diakui bahwa yayasan adalah badan hukum. Sebelum berlakunya undang-undang yayasan, masih terdapat keragaman tentang saat yayasan menjadi badan hukum, tetapi setelah berlakunya undang-undang yayasan telah jelas bahwa yayasan memperoleh status sebagai badan hukum pada saat mendapatkan pengesahan dari menteri hukum dan HAM.
2. Pengurus dalam melakukan tugasnya dan kemudian mempertanggung jawabkannya berdasarkan pada: a). *Fiduciary Duty*; b). *Duty of Skill and Care*; dan c). *Statutory Duty*

Saran

1. Yayasan yang belum mengajukan permohonan pengesahan yayasan sebagai badan hukum harus segera mendaftarkan yayasannya agar tercapai kepastian hukum.
2. Pengurus yayasan tidak boleh memanfaatkan kedudukan sebagai pengurus untuk

memperoleh keuntungan pribadi. Pengurus harus bekerja sesuai dengan anggaran dasar yang ditetapkan oleh yayasan.

DAFTAR PUSTAKA

- Anwar Borahima. *Eksistensi Yuridis Yayasan Yang Didirikan Sebelum Berlakunya Undang-Undang Yayasan*, Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa, Vol. 13, 2005. Fak. Hukum Universitas Hasanuddin.
- Chidir Ali. 1991. *Badan Hukum*, Alumni, Bandung.
- Chatamarrasjid, 2000. *Menyingkap Tabir Perseroan (Piercing The Corporate Veli) Kapita Selekta Hukum Perusahaan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- _____, 2000. *Tujuan Sosian Yayasan Dan Kegiatan Usaha Bertujuan Laba*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- _____, 2006. *Badan Hukum Yayasan Edisi Revisi*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Munir Fuady. 2002. *Pengantar Hukum Bisnis (Menata Hukum Bisnis Di Era Global)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP KONSEP *RESTORATIVE JUSTICE* DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA

Oleh:

Sukardi

Kepolisian Republik Indonesia Daerah Sulawesi Selatan

E-mail: cardilia_mks73@yahoo.com

Abstract: Political reform in the criminal law indicate a trend of changes in sentencing paradigm and perspective from the concept of restitutive justice to restorative justice concept. This process can be viewed as a rematerialization of formal law in the criminal justice system. Restitutive justice approach is very formalistic, in the constructive development of perfective considered social system, because it does not accommodate the values of the local wisdom that becomes at once subject and object. While the concept of restorative justice is essentially focused on the substance of the law for the purpose of substantive justice especially for the victim, offender and community in a comprehensive manner. Although the concept of restorative justice is seen as an attempt to “return to traditional pattern”, but can be viewed as the modern legal concept in the criminal legal system that offers a mechanism to resolve a criminal case that is likely to create legal solutions in addressing social problems based on the values of the order social life.

Keywords: *Reflexive Law, Restorative Justice*

Abstrak: Pembaharuan dalam politik hukum pidana menunjukkan adanya kecenderungan perubahan paradigma pemidanaan dan perspektif konsep keadilan dari konsep restitutive justice ke konsep restorative justice. Proses ini dapat dipandang sebagai bentuk rematerialisasi hukum dalam sistem hukum pidana. Pendekatan restitutive justice yang sangat formalistik, dalam perkembangannya dianggap tidak konstruktif dari perspektif social system, karena tidak mengakomodir nilai-nilai local wisdom masyarakat yang menjadi obyek dan sekaligus subyeknya. Sedangkan konsep restorative justice pada hakekatnya difokuskan pada substansi tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan substantive khususnya bagi korban, pelanggar dan masyarakat secara komprehensif. Meskipun konsep restorative justice dipandang sebagai upaya untuk “return to traditional pattern”, tetapi dapat dipandang sebagai konsep hukum modern dalam sistem hukum pidana yang menawarkan mekanisme penyelesaian perkara pidana yang berpeluang menciptakan solusi hukum dalam mengatasi masalah-masalah sosial yang didasarkan pada nilai-nilai tatanan kehidupan sosial.

Kata Kunci: *Hukum Refleksif, Keadilan Restoratif*

PENDAHULUAN

Pembaharuan Hukum Pidana¹ dalam pandangan Politik hukum, dipahami suatu adagium bahwa “*law is always behind to social changes*” dengan siklus perubahan hukum dari *ius constitutum* yang harus dilakukan perubahan mengikuti perkembangan masyarakat untuk mewujudkan *ius constituendum*, kemudian *ius constituendum* itu menjadi *ius constitutum* lagi dan begitu seterusnya.²

Ditinjau dari perspektif sosiologi hukum, maka perkembangan hukum saat ini menunjukkan adanya kecenderungan dilakukannya ‘*rematerialisasi hukum*’³ menuju suatu tatanan hukum modern.⁴ *rematerialisasi hukum* adalah kecenderungan di bidang hukum dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif, atau pemisahan dari formalitas hukum sebagai konsekuensi logis paham negara kesejahteraan (*welfare state*) maupun negara pengatur (*regulatory state*).⁵ Hukum dibentuk bukan hanya untuk kepentingan hukum itu sendiri, namun untuk kepentingan manusia dan kehidupan masyarakat.

Perkembangan hukum pidana saat ini menunjukkan adanya kecenderungan mengalami pergeseran paradigma Pemidanaan yang disebabkan oleh sedikitnya 3 (tiga) faktor utama,⁶ yaitu: Perkembangan Hak Asasi Manusia; Perubahan pandangan masyarakat atas kejahatan dan perubahan pandangan masyarakat terhadap penjahat itu sendiri.⁷ Masyarakat cenderung anti-formal dan mulai fokus pada substansi perkara dalam konsep penyelesaian yang

¹ Menurut Barda Nawawi Arief bahwa dalam Upaya pembaruan Hukum Pidana pada hakekatnya termasuk ke dalam bidang kajian *penal policy* yang terkait erat dengan *law enforcement policy*, *criminal policy* dan *social policy*. Barda Nawawi arief, 2005, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam perspektif Kajian Perbandingan*, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung, hal : 3.

² Sasaran kajian politik hukum adalah: (1) *Ius constitutum*. (2) perubahan kehidupan masyarakat. (3) *Ius constituendum*. (4) proses perubahan *ius constitutum* menjadi *ius constituendum*. (5) produk hasil perubahan *ius constitutum* menjadi *ius constituendum*. Politik hukum sebagai terjemahan *Rechts Politiek*, Menurut Bellefroid adalah bagian dari ilmu hukum yang meneliti perubahan hukum yang berlaku yang harus dilakukan untuk memenuhi tuntutan baru kehidupan masyarakat. Sedangkan menurut Lemeire bahwa politik hukum termasuk kajian hukum yang terkait dengan ilmu pengetahuan hukum positif. Lihat Mulyadi Nurdin, LC, 14 April 2012, *Hukum, Perkembangan Politik Hukum di Indonesia*, Website Internet : <http://mulyadinurdin.wordpress.com/2012/04/14/perkembangan-politik-hukum-di-indonesia/>, diakses tanggal 22 Juni 2012.

³ Menurut Gunther Teubner bahwa *The rematerialization of formal law is the corollary development within the legal sphere. law develops a substantive rationality characterized by particularism, result-orientation, an instrumentalist social policy approach, and the increasing legalization of formerly autonomous social processes.*”. Lihat Gunther Teubner, 1983, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, *Law & Society Review*, Vol. 17, No. 2. 1983, hal : 239-286

⁴ Lihat Icca Irsyad Dahri, 22 Juni 2008, *Hukum dan Masyarakat*, Website Internet : <http://cha4400.wordpress.com/2008/06/22/hukum-dan-masyarakat/>, diakses tanggal 24 Juli 2012. tekanan yang lebih besar dalam konsep hukum saat ini ditempatkan pada hukum rasional formal yang memberikan perhatian dan fungsi pada orientasi pemerintah yang mengarah pada pembangunan hukum yang berorientasi pada penguatan sub-sub sistem yang ada pada masyarakat, sehingga hukum dapat digunakan sebagai instrument untuk orientasi tujuan dan intervensi arah dengan maksud tertentu.

⁵ M. Guntur Hamzah, 21 Juni 2012, *Problematisasi hukum modern menurut MAX WEBER*, materi kuliah Hukum Masyarakat Dan Pembangunan Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Hasanuddin Makassar, tanggal 21 Juni 2012.

⁶ Eva Achjani Zulfa, 2006, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan di Indonesia*, *Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun Ke -36* No. 3 Juli – September 2006, hal : 393.

⁷ *Ibid*, hal : 394-395.

dipandang adil bagi semua pihak yang terlibat. Dengan demikian, telah terjadi perubahan pola pikir dalam memandang permasalahan-permasalahan hukum sosial termasuk aspek pidana, dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif.

Pergeseran paradigma pembedaan dan konsep keadilan dalam penegakan hukum pidana di berbagai Negara saat ini ditandai dengan menguatnya dukungan terhadap penerapan konsep *restorative justice*,⁸ untuk menggantikan konsep *restitutif justice (criminal justice)*. Ahmad Ali menyebut *restorative justice* ini sebagai konsep modern hukum pidana.⁹ Meskipun Braithwaite bahwa para pendukung konsep ini, menyatakan bahwa penerapan konsep *restorative justice* berarti kembali ke Pola penyelesaian perkara pidana secara primitive/tradisional.¹⁰

Memahami perkembangan paradigma konsep keadilan hukum dalam pembaruan hukum pidana, khususnya konsep *restorative Justice*, menarik untuk dikaji dari sudut pandang sosiologis terutama jika dikaitkan dengan teori hukum reflektif menurut Gunther Teubner.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Konsep *Restorative Justice* dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Muladi dan Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa:¹¹

“Dalam perkembangannya, perhatian yang dipusatkan pada SPP ini tampak cukup serius. SPP tidak sekedar dilihat sebagai sistem penanggulangan kejahatan, tetapi justru dilihat sebagai “*social problem*”¹² yang sama dengan kejahatan itu sendiri. Dikatakan

⁸ Konsep *Restorative Justice* diperkenalkan oleh Braithwaite pada tahun 1980an, sebagai pendekatan dalam sistem penghukuman, karena terinspirasi oleh masyarakat Maori dalam menangani penyimpangan di lingkungan mereka, yang menekankan penyelesaian masalah dengan melibatkan masyarakat dan petinggi masyarakat setempat untuk menyelesaikan masalah secara kekeluargaan. Lihat Manshur Zikri, 1 Juni 2011, *Restorative Justice Sebagai Mekanisme Penyelesaian Perkara Yang Mengedepankan Kepentingan Perempuan Sebagai Korban Kekerasan Seksual*, Website Internet : <http://manshurzikri.wordpress.com/2011/06/01/restorative-justice-sebagai-mekanisme-penyelesaian-perkara-yang-mengedepankan-kepentingan-perempuan-sebagai-korban-kekerasan-seksual/>, diakses tanggal 25 September 2011

⁹ Ahmad Ali, 21 Desember 2011, *Restorative (RJ) adalah konsep Modern Hukum Pidana*, Harian Fajar, Makassar, Hal 4 kolom 1. Dalam tulisannya tersebut Ahmad Ali mengutip definisi *restorative justice* dari buku *Dictionary of conflict resolution, compiled and edited by Douglass, Yrn, 1999 ; p. 381*, yaitu : “*Restorative justice is criminal justice concept that views crime as violation of people, not as a violation of the state, and creates an obligation to the victim and to the community to make things right. It focuses on the crime's harm rather than on the broken rule and emphasizes redress for the victim and the community for the effects of the wrong doing over punishment imposed by the state. Restorative justice models may provide for appropriate dialogue, direct or indirect, between the victim and offender in the form of victim-offender mediation*”.

¹⁰ Menurut Braithwaite bahwa: “*according to its proponent, restorative justice is not a new invention. Rather, it is a return to traditional pattern of dealing with conflict and crime that had been present in different cultures throughout human history*. Braithwaite, J. 2002, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, oxford University Press, p. 1.

¹¹ Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arif., 1998, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Edisi Kedua, Cet. Kedua, Alumni : Bandung, hal : 195-196.

¹² Sosial problem (masalah sosial) adalah suatu ketidaksesuaian antara unsur-unsur kebudayaan atau masyarakat, yang membahayakan kehidupan kelompok sosial. Masalah sosial muncul akibat terjadinya perbedaan yang mencolok antara nilai dalam masyarakat dengan realita yang ada. Masalah sosial dapat dikategorikan menjadi 4 (empat) jenis faktor, yakni antara lain : 1. Faktor Ekonomi : Kemiskinan, pengangguran, dll. 2. Faktor Budaya : Perceraian, kenakalan remaja, dll. 3. Faktor Biologis : Penyakit menular, keracunan makanan, dsb. 4. Faktor Psikologis : penyakit syaraf, aliran sesat, dsb. Lihat Soerjono Soekanto, 24 April 2008, *Definisi/*

demikian karena disamping kenyataan menunjukkan bahwa kejahatan tetap terus meningkat, yang dapat dilihat sebagai indikator tidak efektifnya SPP, juga karena SPP itu sendiri dalam hal-hal tertentu dapat dilihat sebagai faktor kriminogen dan viktimogen.”

Asumsi terhadap kegagalan Sistem Peradilan Pidana (SPP) dalam perkembangan hukum pidana saat ini, menjadi faktor pendorong kecenderungan pergeseran paradigma dari konsep *restitutif justice* (*criminal justice*) ke konsep *Restorative Justice*.¹³ Masyarakat tidak merasakan keadilan dalam proses formal penegakan hukum, karenanya masyarakat dalam permasalahan hukumnya lebih fokus pada substansi tujuan hukum itu sendiri.

Berbeda dengan konsep *restitutive justice* (*criminal justice*) sebagaimana diungkapkan oleh Howard Zehr,¹⁴ yaitu: “*Criminal is a violation of the law and the state; violation create guilt; justice requires the state to determine blame (guilt) and impose pain (punishment); central focus: offenders getting what they deserve.*” Keadilan dalam konsep *restitutive justice* ini dimaknai sebagai ganjaran berupa pidana yang setimpal dengan perbuatan pelaku kejahatan. Dengan demikian, fokusnya adalah pada pelaku kejahatan bukan pada korban, sedangkan konsep *restorative justice* adalah “*Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.*”¹⁵ fokusnya pada korban yaitu bagaimana memulihkan kondisi korban dengan tetap membebankan tanggungjawab moral kepada pelaku baik untuk memulihkan korban maupun untuk mendapatkan sanksi.

Pergeseran paradigma dari konsep *restitutive Justice* ke *restorative Justice* dalam pembaharuan hukum pidana, dapat dipandang sebagai bentuk *rematerialisasi hukum* dalam sistem hukum pidana. Arah perubahan hukum saat ini adalah mengembangkan rasionalitas substansinya yang bercirikan: kekhususan, orientasi pada hasil pendekatan sosial sebagai alat dan meningkatkan legalisasi proses sosial yang dahulunya otonom.¹⁶ Bentuk-bentuk hukum *Pengertian Masalah Sosial dan Jenis/Macam Masalah Sosial Dalam Masyarakat*, website internet : <http://organisasi.org>, komunitas dan perpustakaan online Indonesia, diakses pada tanggal 1 April 2011.

¹³ Faktor perubahan pandangan masyarakat atas kejahatan, sebelumnya pidana yang dikenal sebagai pidana mati dan pidana siksaan badan dengan menitik beratkan pada paham pembalasan (*retribusi*), kemudian bergeser menjadi pidana penjara yang dianggap sebagai bentuk pemidanaan yang lebih modern karena memberikan kesempatan kepada orang untuk memperbaiki diri, dengan menitik beratkan pada paham perbaikan (*resosialisasi*). Perkembangan kemudian adalah pidana penjara dipandang dapat menghasilkan stigma dan nestapa serta akibat lain yang negative terhadap seseorang pelaku tindak pidana, disamping membebani keuangan Negara, sehingga kemudian muncul pidana denda, meskipun kemudian jenis pidana denda ini juga diragukan karena sangat relative tergantung tingkat perekonomian seseorang. Lihat Eva Achjani Zulfa, 2006, *Op cit*, hal : 396-397.

¹⁴ Ahmad Ali, 2009, *Menguak teori Hukum (Legal Theory) & Teori Peradilan (Judicialprudence) termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legalprudence)*, Volume I Pemahaman awal, Edisi Pertama, Cetakan ke-3, Kencana Prenada Media Group, Jakarta: 249.

¹⁵ Marshall, Tony F. 1999. *Retorative Justice an Overview*. London : Home Office, Information & Publications Group, hal : 5

¹⁶ Alvi Syahrin, 11 Nopember 2010, *Refleksi Hukum*, Website Internet: <http://alviprofdr.blogspot.com/2010/11/refleksi-hukum.html>, diakses tanggal 24 Juli 2012. Guntur Hamzah, menjelaskan Karakter *rasionalitas substantive* yaitu : Hukum digunakan sebagai instrument untuk melakukan intervensi dari Negara yang berorientasi pada tujuan dan sasaran; Lebih mengedepankan pada tunjuan yang lebih spesifik; dan Lebih

yang menekankan pada kekuasaannya mulai dikritisi dan diubah menjadi aturan hukum yang lebih mengakar kepada keinginan masyarakat luas, yaitu bentuk hukum dan dikenal sebagai rasionalitas formal, diarahkan kepada rasionalitas substansif.

Pendekatan *restitutive justice* yang sangat formalistik, dalam perkembangannya dianggap tidak konstruktif dari perspektif *social system* karena tidak mengakomodir nilai-nilai *local wisdom* masyarakat yang menjadi obyek dan sekaligus subyeknya. Sedangkan Konsep *restorative justice* pada hakekatnya difokuskan pada substansi tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan *substantive* khususnya bagi Korban, pelanggar dan masyarakat secara komprehensif. Konsep ini sejalan dengan prinsip hukum responsif yang berorientasi pada hasil dan pada tujuan-tujuan yang akan dicapai di luar hukum. Dalam hukum responsif, tatanan hukum dinegosiasikan, bukan dimenangkan melalui subordinasi.¹⁷

Perspektif Hukum Refleksif terhadap Konsep *Restorative Justice*.

Eksistensi hukum dalam pandangan sosiologi pada hakekatnya dipandang sebagai gejala sosial yang berwujud perilaku manusia dalam pergaulan hidup sehari-hari. Menurut Alvi Syahrin,¹⁸ bahwa Hukum dapat dibedakan sebagai “medium” dan sebagai “institusi”. Dengan demikian, hukum dan masyarakat tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Brian Z. Tamanaha¹⁹ mengatakan bahwa hukum dan masyarakat memiliki bingkai yang disebut “*The Law Society Framework*” yang memiliki karakteristik hubungan tertentu dengan dua komponen dasar yaitu : Komponen pertama terdiri dari dua tema pokok yaitu ide yang menyatakan bahwa hukum adalah cermin masyarakat dan ide bahwa fungsi hukum adalah untuk mempertahankan “*social order*”. Komponen kedua terdiri dari tiga elemen, yaitu: *custom/consent*; *morality/reason*; dan *positive law*. *Custom/consent* and *morality/reason* dalam pemikiran Donald Black dipahami sebagai *culture*.²⁰

Dalam perkembangan hukum dan masyarakat yang semakin pesat, penekanan hukum pada kekuasaan dan rasional formal mulai dikritisi dan diarahkan kepada rasionalitas

terinci dibandingkan hukum-hukum formal. M. Guntur Hamzah, 21 Juni 2012, *Opcit*.

¹⁷ Fabula Iga Maulana dkk, Juni 2011, *Sosiologi Hukum, Teori Sistem Hukum Nonet Selznick*, Website: <http://spencer1-soskum.blogspot.com/2011/06/teori-sistem-hukum-nonet-selznick.html>, diakses tanggal 21 Juni 2012.

¹⁸ Alvi Syahrin, 11 Nopember 2010, *Opcit*. Sebagai medium, hukum merupakan suatu proses penentu sosio teknologis yang mandiri (independen) yang menggantikan struktur-struktur komunikatif yang terdapat dalam dunia kehidupan sub-sistem sosial yang sesuai dengan kriterianya sendiri. Selanjutnya, hukum sebagai institusi berfungsi sebagai konstitusi eksternal untuk bidang-bidang reproduksi sosialisasi, integritas sosial dan kultural. Namun demikian, hukum yang berfungsi sebagai institusi lebih bersifat memudahkan dan bukan menghambat terjadinya proses-proses *self regulatory* dari komunikasi dan pembelajaran

¹⁹ Lihat Brian Z. Tamanaha, 2006, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, hlm : 1-2.

²⁰ Black mengatakan bahwa “*culture is the symbolic aspect of social life, including expression of what is true, good, beautiful. It includes ideas about the nature of reality (theoretical and practical), supernatural, metaphysical or empirical), conceptions of what ought to be (right or wrong, proper and technology, religion, magic or folklore). Values, ideology, morality and law have a symbolic aspect of this kind*”. Lihat, Donald Black, 1976, *The Behaviour of Law*, Academic Press, New York, hlm : 61.

substansif yang berorientasi pada penguatan sub-sub sistem yang ada pada masyarakat, sehingga diperlukan *rematerialisasi hukum*. Pendekatan *neo-evolutioner* dengan hukum reflektif oleh Teubner diarahkan kepada satu perspektif proses perubahan hukum dan sosial.²¹

Gunther Teubner,²² berusaha mengkombinasikan model teori Nonet dan Selznick²³ yang bersandar pada variabel-variabel internal sistem hukum yang tidak seluruhnya melihat aturan kekuatan eksternal sosial, dengan teori Habermas-Luhman,²⁴ yang lebih mengarahkan masyarakat sebagai organisasi yang teratur dan menekankan pada interrelasi eksternal antara hukum dan struktur sosial, sehingga pada akhirnya membentuk sebuah model hukum sosial.

Di dalam Konsep hukum reflektif, hukum dapat mengatasi konflik-konflik yang ada dengan menetapkan batasan-batasan terhadap dimensi pelaksanaan hukum dengan bentuk-bentuk kontrol sosial yang secara tidak langsung dan lebih abstrak.²⁵ Dengan demikian, suatu orientasi reflektif berusaha untuk mengidentifikasi struktur-struktur peluang yang mengizinkan pengaturan hukum mengatasi masalah-masalah sosial tanpa merusak nilai-nilai tatanan kehidupan sosial.²⁶

Diferensiasi fungsional dalam sistem sosial mengakibatkan hilangnya struktur-struktur legitimasi yang universal yang merupakan suatu moralitas diskursus yang dapat ditetapkan secara umum atau suatu prosedur refleksi bersama, misalnya dalam konsep penegakan hukum pidana maka sistem pemidanaan tidak dapat digeneralisasi sebagai upaya untuk memenuhi aspek keadilan sosial terutama korban.²⁷ Dalam konteks ini Teubner mengatakan bahwa: "*legal development is not identified exclusively with the unfolding of norms, principles and basic*

²¹ Alvi Syahrin, 11 Nopember 2010, *Op.cit.* Menurut Teubner bahwa teori Nonet dan Selznick dalam menggunakan hukum represif tidak banyak memasukkan campurtangan masyarakat sehingga hukum hanya berkembang tanpa masyarakat. Melalui rematerialisasi hukum, perlu dilakukan perubahan dalam hukum dan masyarakat yang bersifat evolutioner dimana hukum dapat bekerjasama dengan gambaran-gambaran sosial, ekonomi dan organisasi politik dalam suatu masyarakat. Dengan demikian, hubungan antara struktur-struktur hukum dan sosial akan membantu untuk memahami transformasi dalam masyarakat.

²² Gunther Teubner, 1983, *Op.cit.*, hal : 242.

²³ Lihat Icca Irsyad Dahri, 22 Juni 2008, *op.cit.* Nonet dan Selznick menganalisis sebuah model mengenai proses perubahan hukum yang membebaskan aturan yang berpusat pada "dinamika internal" sistem hukum. Hal ini berarti bahwa rematerialisasi hukum ini hanya memperbaiki kondisi hukum itu saja, terlepas dari apakah hukum itu mempunyai dampak yang langsung atau tidak kepada berbagai masalah lain seperti ekonomi, masyarakat, dan budaya. Lihat Philippe Nonet dan Philip Selznick, 1978. *Hukum Responsif Pilihan di Masa Transisi*, Terjemahan Rafael Edy Bosco, HuMa, Jakarta, 2003. Dan Nonet dan Selznick menjelaskan bahwa pada masa transisi dari otonomi menjadi responsif, tahap yang paling kritis adalah *generalisasi* tujuan-tujuan hukum yang merupakan sumber utama fleksibilitas di dalam organisasi modern. Philippe Nonet dan Phillip Selznick mengembangkan model hukum dengan tiga tahapan evolutioner yakni: represif, otonom, dan responsif. Lihat Nonet dan Selznick, 1978, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper & Row, terjemahan, Raisul Muttaqien 2010, *Hukum responsive*, Nusa Media, Bandung, hal : 90

²⁴ *Ibid.* Niklas Luhmann mengatakan bahwa ada tiga proses peningkatan lingkungan yang dihadapi masyarakat modern yaitu diferensiasi, segmentasi, stratifikasi masyarakat yang merupakan gabungan antara segmentasi dan stratifikasi, serta fungsionalitas masyarakat. Sementara itu, Habermas mengidentifikasi tahapan-tahapan evolutioner dalam masyarakat dan menganalisis hubungan antara tahapan-tahapan ini melalui perkembangan moral hukum dengan mengemukakan tahapan-tahapan perkembangan hukum dan masyarakat, yakni: Prekonvensional, Konvensional, Pascakonvensional.

²⁵ Alvi Syahrin, *Op.cit.*.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

concept of law. Rather, it is determined by the dynamic interplay of social forces, institutional constraints, organizational structures and last but not lest conceptual potentials.”²⁸

Sejalan dengan konsep yang dibangun dalam *restorative justice system* yang merekonstruksi konsep tindak pidana sebagai pelanggaran terhadap individu (korban) bukan terhadap Negara, sehingga nilai keadilan yang diharapkan adalah keadilan proses dan hasil penyelesaian perkara bagi korban. diferensiasi fungsional dalam sistem sosial melahirkan diferensiasi perspektif nilai keadilan substantive, sehingga tidak dapat dipaksakan dengan konsep keadilan universal sebagai hasil keputusan melalui prosedur refleksi bersama. Konsep keadilan ini masih bersifat abstrak dan belum menjangkau kepentingan pencari keadilan secara konkrit.

Meskipun Konsep *restorative justice* dipandang sebagai upaya untuk “*return to traditional pattern*” dalam konsep penyelesaian perkara pidana, akan tetapi konsep *restorative justice* dipandang sebagai konsep hukum modern dalam sistem hukum pidana yang menawarkan suatu mekanisme penyelesaian perkara pidana dengan mengidentifikasi struktur-struktur sosial yang berpeluang menciptakan solusi hukum dalam mengatasi masalah-masalah sosial yang didasarkan pada nilai-nilai tatanan kehidupan sosial.

PENUTUP

Berdasarkan uraian pembahasan dan analisis di atas, penulis mengidentifikasi kesimpulan sebagai berikut:

1. Bahwa dalam perkembangan hukum pidana sebagai bagian dari perkembangan hukum dan masyarakat yang semakin pesat, maka Konsep hukum yang bersandar pada rasionalitas formal mulai dikritisi dan diarahkan kepada rasionalitas substansif yang berorientasi pada penguatan sub-sub sistem yang ada pada masyarakat, sehingga diperlukan *rematerialisasi hukum*.
2. Bahwa Konsep hukum refleksif, hukum dapat mengatasi konflik-konflik yang ada dengan menetapkan batasan-batasan terhadap dimensi pelaksanaan hukum dengan bentuk-bentuk kontrol sosial yang secara tidak langsung dan lebih abstrak, yang berorientasi pada identifikasi struktur-struktur peluang yang mengizinkan pengaturan hukum untuk mengatasi masalah-masalah sosial tanpa merusak nilai-nilai tatanan kehidupan sosial.
3. Perspektif hukum refleksif terhadap konsep *restorative justice* adalah memandang konsep *restorative justice* sebagai konsep hukum pidana modern yang merekonstruksi konsep tindak pidana sebagai pelanggaran individual (korban) bukan terhadap negara, sehingga nilai keadilan yang diharapkan adalah keadilan proses dan hasil penyelesaian

²⁸ Gunther Tuebner, 1983, *Op.cit*, hal. 247.

perkara bagi korban. diferensiasi fungsional dalam sistem sosial melahirkan diferensiasi perspektif nilai keadilan substantive, sehingga konsep keadilan universal tidak dapat dipaksakan karena masih bersifat abstrak dan belum menjangkau kepentingan pencari keadilan secara konkrit.

4. Meskipun Konsep *restorative Justice* dipandang sebagai upaya untuk “*return to traditional pattern*”, tetapi dapat dipandang sebagai konsep hukum modern dalam sistem hukum pidana yang menawarkan mekanisme penyelesaian perkara pidana yang berpeluang menciptakan solusi hukum dalam mengatasi masalah-masalah sosial yang didasarkan pada nilai-nilai tatanan kehidupan sosial.

DAFTAR PUSTAKA

- Achmad Ali, 2009, *Menguak teori Hukum (Legal Theory) & Teori Peradilan (Judicialprudence) termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legalprudence)*, Volume I Pemahaman awal, Edisi Pertama, Cetakan ke-3, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Barda Nawawi arief, 2005, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam perspektif Kajian Perbandingan*, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung.
- Braithwaite, J. 2002, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, oxford University Press.
- Brian Z. Tamanaha, 2006, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York.
- Donald Black, 1976, *The Behaviour of Law*, Academic Press, New York.
- Eva Achjani Zulfa, 2006, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan di Indonesia*, Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun Ke -36 No. 3 Juli – September 2006.
- Gunther Tuebner, 1983, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, Law & Society Review, Vol. 17, No. 2. 1983, hal : 239-286
- Margarita Zernova, 2007, *Restorative Justice, Ideals and Realities*, Ashgate Publishing Limited.
- Marshall, Tony F. 1999. *Retorative Justice an Overview*. London : Home Office, Information & Publications Group.
- Muladi dan Barda Nawawi Arif., 1998, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Edisi Kedua, Cet. Kedua, Alumni : Bandung.
- Nonet dan Selznick, 1978, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper & Row, terjemahan, Raisul Muttaqien 2010, *Hukum responsive*, Nusa Media, Bandung.

Sumber lainnya:

- Achmad Ali, 21 Desember 2011, *Restorative (RJ) adalah konsep Modern Hukum Pidana*, Harian Fajar, Makassar, Hal 4 kolom 1.
- Alvi Syahrin, 11 Nopember 2010, *Refleksi Hukum*, Website: <http://alviprofdr.blogspot.com/2010/11/refleksi-hukum.html>, diakses tanggal 24 Juli 2012.
- Fabula Iga Maulana dkk, Juni 2011, *Sosiologi Hukum, Teori Sistem Hukum Nonet Selznick*, Website: <http://spencer1-soskum.blogspot.com/2011/06/teori-sistem-hukum-nonet-selznick.html>, diakses tanggal 21 Juni 2012.
- Guntur Hamzah, M., 21 Juni 2012, *Problematika hukum modern menurut MAX WEBER*, materi kuliah Hukum Masyarakat Dan Pembangunan Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Hasanuddin Makassar, tanggal 21 Juni 2012.
- Icca Irsyad Dahri, 22 Juni 2008, *Hukum dan Masyarakat*, Website Internet : <http://cha4400.wordpress.com/2008/06/22/hukum-dan-masyarakat/>, diakses tanggal 24 Juli 2012.
- Manshur Zikri, 1 Juni 2011, *Restorative Justice Sebagai Mekanisme Penyelesaian Perkara Yang Mengedepankan Kepentingan Perempuan Sebagai Korban Kekerasan Seksual*, Website: <http://manshurzikri.wordpress.com/2011/06/01/restorative-justice-sebagai-mekanisme-penyelesaian-perkara-yang-menge-depankan-kepentingan-perempuan-sebagai-korban-kekerasan-seksual/>, diakses tanggal 25 September 2011.
- Mulyadi Nurdin, LC, 14 April 2012, *Hukum, Perkembangan Politik Hukum di Indonesia*, Website: <http://mulyadinurdin.wordpress.com/2012/04/14/perkembangan-politik-hukum-di-indonesia/>, diakses tanggal 22 Juni 2012.
- Soerjono Soekanto, 24 April 2008, *Definisi/Pengertian Masalah Sosial dan Jenis/Macam Masalah Sosial Dalam Masyarakat*, website internet : <http://organisasi.org> , komunitas dan perpustakaan online Indonesia, diakses pada tanggal 1 April 2011.

KONSEP KEARIFAN LOKAL MASYARAKAT ADAT SEBAGAI SARANA PENGUATAN AKSES TERHADAP HUKUM DAN KEADILAN

Oleh:

Mushawwir Arsyad

Magister Ilmu Hukum PPs Universitas Hasanuddin

E-mail: shawirarsyad@rocketmail.com

Abstract: *Values of local wisdom in Indonesia is very diverse may be one way to resolve conflict. Local wisdom can be more quickly and easily accepted, because it was rooted in the community. Therefore, attempt to resolve conflicts with local knowledge should be instituted to keep the peace and unity of the nation. Conflict resolution are performed solely by formal mechanisms did not touch the institutions is the most widely used by those seeking justice. Recognition of this may reinforce the formal inter-agency interaction and conflict resolution mechanisms at the local level.*

Keywords: *Local Wisdom, Conflict, Indigenous Peoples, Informal Mechanisms*

Abstrak: *Nilai-nilai kearifan lokal di Indonesia yang sangat beragam dapat menjadi salah satu jalan menyelesaikan konflik. Kearifan lokal dapat lebih cepat dan mudah diterima karena telah mengakar dalam masyarakat. Oleh karena itu, upaya menyelesaikan konflik dengan kearifan lokal haruslah dilembagakan untuk menjaga perdamaian dan persatuan bangsa. Penyelesaian konflik yang dilakukan semata-mata dengan mekanisme formal tidak menyentuh lembaga-lembaga yang justru paling banyak dipakai para pencari keadilan. Pengakuan akan hal ini dapat memperkuat interaksi antarlembaga formal dan mekanisme penyelesaian konflik di tingkat lokal.*

Kata Kunci: *Kearifan Lokal, Konflik, Masyarakat Adat, Mekanisme Informal*

PENDAHULUAN

Indonesia adalah bangsa yang memiliki ragam adat istiadat dan budaya. Hal ini terlihat jelas dari penduduknya yang lebih kurang 656 suku bangsa dan mendiami lebih dari 30.000 pulau. Keberagaman tersebut tentunya tidak hanya mendatangkan berbagai keuntungan, namun juga menyimpan potensi konflik di dalamnya.

Keberagaman berpotensi untuk menjadi pemicu konflik ketika hal tersebut tidak dikelola dengan baik. Franz Magnis-Suseno,¹ mengatakan bahwa bangsa yang plural seperti Indonesia hanya bisa hidup secara damai, jika mereka membuang kapabilitas psikologis munculnya sikap tidak toleran. Dominasi atas kemajemukan, apalagi jika diperoleh dengan cara kekerasan, pemaksaan, penyeragaman, dan ketidakadilan, terbukti telah menjadi sumber konflik yang mengancam keutuhan bangsa Indonesia.

¹ Franz Magnis-Suseno, *Faktor-Faktor yang Mendasari Terjadinya Konflik Antara Kelompok Etnis dan Agama di Indonesia (Pencegahan dan Pemecahan)*, Jakarta: Gramedia, 1998, hlm. 2.

Konflik pada dasarnya bukanlah hal yang dapat dihindari manusia. Bahkan sejatinya, dapat dipastikan bahwa usia konflik seumur dengan manusia.² Hal yang menjadi masalah utamanya adalah bagaimana mengelola konflik tersebut, sehingga malapetaka kemanusiaan dan disintegrasi bangsa dapat terhindarkan. Sejarah perjalanan bangsa ini telah mencatat, bagaimana kegagalan masyarakat untuk menyikapi perbedaan berujung kepada konflik. Sebagai contoh nyata, ribuan orang yang menjadi korban dalam konflik Maluku dan ribuan lainnya yang terluka atau menjadi pengungsi. Selain itu, besarnya konflik antara etnis Dayak dan Madura di Kalimantan Barat yang telah memberikan dampak negatif bagi masyarakat akan disharmonisasi sosial, ekonomi, dan politik yang dimiliki masing-masing etnis.

Banyaknya konflik terjadi di Indonesia, tentu mesti ada serangkaian tindakan yang dilakukan, sebab konflik yang berkepanjangan hanya akan mengganggu stabilitas nasional yang pada akhirnya akan berdampak negatif bagi kesejahteraan rakyat. *World Bank* menunjukkan sebuah data penelitian pada tahun 2005 bahwa konflik sosial yang meluas terjadi pada 7 dari 33 propinsi di Indonesia melahirkan lebih dari 1 juta pengungsi dan menyebabkan angka pertumbuhan menjadi minus 4% pada wilayah yang terkena dampak konflik.³

Setiap masyarakat yang hidup bersama dalam tuntunan sebuah tata nilai akan melengkapi pranata mereka dengan sejumlah aturan lokal yang membudaya dalam mengantisipasi berbagai persoalan menyangkut ketidaksepahaman.⁴ Setiap budaya memiliki kearifan lokal tersendiri dalam menyikapi permasalahan hidup yang dihadapi, termasuk di dalamnya kearifan dalam menyelesaikan konflik. Kearifan-kearifan seperti inilah yang sering disebut sebagai kearifan lokal (*local wisdom*). Nilai-nilai kearifan lokal di Indonesia yang sangat beragam dapat menjadi salah satu solusi atas berbagai permasalahan yang ada diantaranya adalah sebagai sarana untuk menyelesaikan konflik.

Peranan hukum adat dalam penyelesaian konflik di masyarakat merupakan suatu hal yang penting untuk dikaji. Di negara yang mana pluralisme hukum masih merupakan suatu kenyataan seperti Indonesia, maka tidak bisa mengabaikan adanya hukum tidak tertulis yang hidup bersama dengan hukum tertulis dari negara.⁵ Di beberapa masyarakat adat, hukum tidak tertulis ini bahkan dilaksanakan secara nyata dan ditaati oleh masyarakat. Konflik di sini tidak hanya merujuk pada sengketa keperdataan saja, melainkan juga tindakan pidana kadang diselesaikan melalui hukum tidak tertulis atau hukum adat. Bahkan, dalam kasus pidana tertentu, penyelesaian melalui hukum negara akan memakan waktu lama, sementara rasa keadilan masyarakat belum tentu terpenuhi.

2 Diana Francis. 2005. *Teori Dasar Transformasi Konflik Sosial*. Yogyakarta: Quills.

3 World Bank, *Project Appraisal Document Support for Poor and Disadvantaged Areas Project*, 2005.

4 Koenjtaraningrat, *Manusia dan Kebudayaan di Indonesia*, Jakarta: Djambatan, 1993, hlm. 31.

5 Topo Santoso, dkk, *Peranan Hukum Adat dalam Penyelesaian Konflik Pada Masyarakat Adat Maluku*, Depok: Universitas Indonesia, 2011, hlm. 32.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Penyelesaian Konflik Berbasis Kearifan Lokal

1. Mekanisme Penyelesaian Konflik

Penyelesaian konflik berbasis kearifan lokal merupakan salah satu aksi dan program yang konkret untuk mewujudkan akses terhadap keadilan bagi semua orang terutama bagi masyarakat adat. Terkait dengan hal ini, terdapat dua strategi penerapan yang digunakan. *Pertama*, adanya pengakuan terhadap mekanisme penyelesaian konflik melalui hukum adat yang ada dalam masyarakat. *Kedua*, penggunaan hukum adat di dalam proses penemuan hukum para hakim di pengadilan.

a). Pengakuan Terhadap Penyelesaian Konflik Melalui Hukum Adat

Pengakuan terhadap penyelesaian konflik melalui hukum adat berarti bahwa segala konflik yang telah diselesaikan melalui mekanisme adat diakui oleh negara. Dengan demikian, ketika terjadi konflik di kalangan masyarakat diselesaikan melalui mekanisme adat atau informal seperti musyawarah kekeluargaan, sehingga dalam konflik tersebut kepolisian akan pula mengakui putusan tersebut dan tidak lagi membawa perkara tersebut ke dalam ranah pidana walaupun perkara tersebut termasuk delik biasa (bukan delik aduan). Pengakuan tersebut tentunya harus dilembagakan (diakui secara resmi), agar menjamin kepastian hukum dari pihak-pihak yang berperkara.

b). Penggunaan Hukum Adat dalam Proses Penemuan Hukum oleh Hakim

Selain pengakuan terhadap penyelesaian konflik melalui hukum adat, cara lain adalah ketika perkara sudah terlanjur dilimpahkan ke pengadilan, maka hakim dalam menyelesaikan perkara tersebut dapat menggunakan hukum adat sebagai dasar untuk memutus perkara. Penggunaan hukum adat ini dilakukan dalam proses penemuan hukum, manakala hakim menganggap bahwa hukum tertulis tidak mampu mengakomodir rasa keadilan para pihak atau tidak tersedianya hukum tertulis untuk memutus perkara yang bersangkutan.

Penggunaan hukum adat dalam proses penemuan hukum oleh hakim ini bukannya tanpa dasar hukum. Setelah Indonesia merdeka, tepatnya mulai tahun 1951 berlaku Undang-Undang No. 1/Drt/1951. Mengacu pada undang-undang ini, tepatnya Pasal 5 ayat (3) menegaskan terdapat pengakuan kembali akan hukum yang hidup dalam masyarakat. Di mana hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut kemudian dapat menjadi sumber hukum pidana tertulis selama ada padanannya dalam *Wetboek van Strafrecht* (WvS) atau yang sekarang lebih dikenal dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Penerimaan hukum adat sebenarnya telah termaktub dalam Rancangan KUHP melalui rumusan yang terdapat dalam Pasal 1 yang menyatakan bahwa asas legalitas tidak

boleh ditafsirkan sebagai asas yang mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana bilamana perbuatan itu tidak ada persamaan atau memenuhi dalam peraturan perundang-undangan.

Menurut Mardjono Reksodiputro, membenaran dari menjalankan hukum adat yang hidup menjadi sumber hukum pidana Indonesia dapat pula dicari dalam tugas seorang hakim yang berkewajiban mencari dan menemukan keadilan. Dalam hal ini, hakim harus menjamin bahwa seseorang yang bersalah melakukan perbuatan yang tercela di mata masyarakat dan patut dipidana mendapatkan hukuman pidananya. Mengenai ukuran untuk perbuatan apa yang tercela dan patut dipidana dapat ditentukan oleh pembentuk undang-undang atau dapat juga didasarkan pada hukum adat yang hidup dalam masyarakat bersangkutan. Hal ini sesuai dengan kewajiban hakim yang terdapat dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman yang mensyaratkan hakim untuk tidak menolak memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan oleh korban serta kewajibannya untuk menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.⁶

2. Keunggulan Mekanisme Penyelesaian Konflik dengan Kearifan Lokal

Tidak mudah untuk menentukan pilihan tindakan penyelesaian konflik yang tepat sebagai suatu sistem sosial di suatu kawasan tertentu. Solusi konflik sosial pun tidak dapat generik dalam arti sebuah rumusan yang berlaku bagi suatu sistem sosial komunitas akan berlaku juga bagi sistem komunitas yang lain. Secara umum, strategi resolusi konflik sepantasnya harus dimulai dengan pengetahuan yang mencukupi tentang peta atau profil konflik sosial yang terjadi di suatu kawasan. Dengan berbekal pada peta tersebut, segala kemungkinan dan peluang resolusi konflik diperhitungkan dengan cermat, sehingga setiap manfaat dan kerugiannya dapat dikalkulasikan dengan baik.

Oleh karena itu, sepatutnyalah penyelesaian konflik diletakkan kembali dalam bingkai lokalitas dan didekati secara lokalitas pula. Pendekatan tersebut sepantasnya dilakukan secara bertahap-tahap dan yang terpenting adalah selalu melibatkan semua pihak terkait dalam konflik untuk berpartisipasi aktif dalam mencari solusi konflik. Hanya dengan pendekatan ini, maka pemahaman akan akr-konflik serta penyelesaian konflik menjadi lengkap dan komprehensif. Kearifan lokal yang ada pada setiap masyarakat melalui hukum adatnya dapat menjadi salah satu alternatif yang ampuh untuk menyelesaikan konflik.

Namun, penyelesaian konflik dengan kearifan lokal nampaknya sudah mulai ditinggalkan. Padahal, metode ini terbukti sangat efektif dalam menyelesaikan konflik. Hasil penelitian yang dilakukan oleh *Governance and Desentralization Survey* (GDS) menunjukkan

⁶ Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, 1997, hlm. 108.

bahwa sebagian besar masyarakat menyelesaikan sengketa melalui mediasi dan arbitrase sistem informal yang ada ditingkat desa baik melalui kepala desa, tokoh agama, lembaga adat (termasuk diantaranya melalui kearifan lokal). Terlebih lagi, baik konstitusi⁷ Indonesia dan perangkat hukum lain mengakui bahwa hukum adat memiliki peranan penting dalam penyelesaian sengketa di Indonesia.

Berfokus hanya pada sektor formal justru tidak menyentuh lembaga-lembaga yang justru paling banyak dipakai para pencari keadilan. Sebagian besar sengketa diselesaikan di tingkat lokal di luar lembaga hukum formal. Kepala desa, tokoh agama, dan tokoh masyarakat merupakan pelaku utama penyelesaian sengketa bagi sebagian besar masyarakat. Pengakuan akan hal ini dapat memperkuat interaksi antara lembaga formal dan mekanisme penyelesaian sengketa di tingkat lokal.⁸

Arkanuddin, pakar antropologi mengatakan bahwa kearifan lokal dapat lebih cepat dan mudah diterima karena telah mengakar dalam masyarakat dan biasanya tidak hanya berorientasi profan semata, tetapi juga berorientasi sakral yang pada dasarnya mengajarkan perdamaian dengan sesamanya, selaras dengan lingkungan, dan patuh kepada Tuhan.⁹ Oleh karena itu, upaya menyelesaikan konflik melalui kearifan lokal haruslah dilembagakan. Salah satu langkahnya adalah dengan meningkatkan efektivitas dan kepercayaan terhadap sistem hukum yang pada gilirannya dapat mengurangi konflik dan memperbaiki jaminan keamanan masyarakat.

Penguatan Akses Terhadap Hukum dan Keadilan Melalui Penyelesaian Konflik Berbasis Kearifan Lokal

1. Penguatan Akses Terhadap Hukum dan Keadilan

Arus penguatan akses terhadap hukum dan keadilan disebabkan oleh adanya ketidakpercayaan publik terhadap sistem hukum formal yang teramat tinggi, berbanding terbalik dengan kepercayaan mereka terhadap mekanisme hukum informal (salah satunya melalui hukum adat). Akses hukum dan keadilan menjembatani reformasi lembaga hukum dengan akses masyarakat atas lembaga tersebut dengan peningkatan kesadaran dan kepercayaan terhadap lembaga penegak hukum.

Walaupun mekanisme hukum informal memiliki kelemahan, terutama tindakan diskriminatif yang seringkali diterima dan ketidakmampuan sistem hukum informal dalam memenuhi tuntutan pemenuhan Hak Asasi Manusia seperti yang digariskan oleh konstitusi. Dunia peradilan masih menghadapi sekian banyak tantangan dalam menyelesaikan dan mencegah munculnya masalah-masalah serius yang berpengaruh terhadap pemerintah dan

7 Pasal 18 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

8 Antara, *Selesaikan Konflik dengan Kearifan Lokal*, http://www.borneotribune.com/pdf/headline/selesaikan_konflik_dengan_Kearifan_lokal.pdf

9 *Ibid.*

pembangunan ekonomi.

Inisiatif dalam reformasi dunia peradilan seringkali masih terpaku dalam pandangan tradisional yakni reformasi institusi hukum formal, padahal keadilan bukanlah ladang eksklusif negara. Hampir 90% penyelesaian masalah hukum di Indonesia diselesaikan pada lembaga-lembaga di tingkat desa yang menjadi rujukan utama masyarakat, meskipun lembaga-lembaga tersebut telah diabaikan oleh pemerintah yang sangat sentralistik selama lebih dari 30 tahun. Namun, dalam menangani persoalan keadilan dari kelompok masyarakat marginal, khususnya kelompok agama dan etnis minoritas sulit mengharapkan keadilan dari lembaga-lembaga di tingkat desa ini. Dengan kata lain, berbagai mekanisme bukan negara masih membutuhkan dukungan dan perhatian.¹⁰

Mengakomodir mekanisme penyelesaian sengketa secara informal, yaitu melalui kearifan lokal yang ada pada setiap masyarakat hukum adat, maka tersebut akan membuka peluang bagi akses terhadap hukum dan keadilan yang lebih besar bagi masyarakat, khususnya masyarakat hukum adat. Hal ini tidak hanya tercermin dari adanya pengakuan terhadap eksistensi penyelesaian sengketa menggunakan hukum adat, tetapi juga memasukkan hukum adat sebagai bagian dari unsur yang tidak terpisahkan di dalam hukum nasional dan penemuan hukum para hakim di pengadilan.

2. Strategi Penerapan

Penerapan gagasan ini tentu memiliki hambatan, namun tetap ada strategi penerapan yang dapat dilakukan, sebagai berikut:

a). *Jurisdiksi yang terbatas*

Meskipun jurisdiksi dari pemberlakuan mekanisme penyelesaian konflik secara informal terbatas pada daerah-daerah yang masih memiliki masyarakat hukum adat, tidak berarti bahwa mekanisme penyelesaian konflik secara informal gagal. Dalam suasana yang pluralistik, tidak akan dapat ditemukan mekanisme penyelesaian konflik yang sempurna yang dapat menangani segala jenis konflik yang terjadi dalam masyarakat, karena mekanisme penyelesaian konflik pada akhirnya harus dikembalikan lagi kepada keadaan di masyarakat itu sendiri.

Mekanisme penyelesaian secara informal mengacu pada kearifan lokal akan efektif diterapkan pada masyarakat hukum adat, karena mekanisme ini adalah mekanisme yang paling cocok, sebab sesuai dengan kebutuhan masyarakat yang bersangkutan. Jadi, meskipun mekanisme ini hanya dapat diterapkan di daerah-daerah tertentu saja, namun hal ini akan dapat menekan jumlah potensi konflik yang dapat terjadi karena adanya ketidakpusasan terhadap mekanisme penyelesaian konflik secara formal.

10 World Bank, *Akses Terhadap Keadilan di Indonesia*, <http://web.worldbank.org/wbsite/html>.

b). Yurisdiksi yang tidak jelas

Keberadaan masyarakat hukum adat tidak dibatasi oleh wilayah administratif, seperti kecamatan atau pun wilayah otonomi seperti kabupaten/kota. Ketiadaan batas yang jelas ini menyebabkan kesulitan dalam pelaksanaan mekanisme penyelesaian konflik informal, karena pada akhirnya wilayahlah yang menentukan masyarakat hukum adat mana yang berwenang untuk dapat menyelesaikan konflik yang terjadi.

Pada ruang lingkup masyarakat hukum adat, faktor utama yang digunakan dalam mengidentifikasi anggota masyarakat adalah keturunan. Ketika hal ini disandingkan dengan mekanisme penyelesaian konflik secara informal dengan mengacu pada kearifan lokal dalam suatu masyarakat hukum adat, maka yang menjadi yurisdiksi bagi mekanisme ini tidak didasarkan pada batas secara administratif, melainkan berdasarkan pada garis keturunan dari pihak-pihak yang berkonflik.

c). Benturan Sistem Hukum

Perlu dipahami bahwa adalah hal yang lumrah bagi seorang pendatang untuk dapat menyesuaikan diri dengan aturan yang ada di daerah barunya. Dengan kata lain bahwa seorang migran baik secara tegas atau secara diam-diam pada akhirnya harus menundukkan diri pada aturan di domisilinya yang baru, sehingga paradigmanya terhadap hal yang ada juga harus mengikuti paradigma dari tempat barunya. Ketika pada akhirnya terjadi konflik antara pendatang dengan masyarakat hukum adat setempat adalah wajar untuk menyelesaikan konflik yang terjadi dengan mekanisme penyelesaian konflik yang ada dalam masyarakat hukum adat tersebut.

Dalam skenario lain, ketika terjadi konflik antarmasyarakat hukum adat, maka setidaknya ada dua jalan yang dapat ditempuh, yaitu dengan menyerahkan proses penyelesaian konflik kepada mekanisme formal atau kepala adat dari masing-masing masyarakat hukum adat bertemu dan membahas mengenai mekanisme penyelesaian konflik mana yang harus digunakan untuk menyelesaikan konflik yang terjadi.

d). Sosialisasi Kearifan Lokal

Ketika konflik yang terjadi tidak dapat diselesaikan secara internal menggunakan mekanisme penyelesaian konflik secara informal, maka konflik yang ada akan diselesaikan menggunakan jalur formal. Dalam hal ini, hakim akan menemui permasalahan karena belum tentu hakim yang bersangkutan akan memahami hukum adat yang hidup dalam masyarakat, sehingga ketika membuat putusan, maka hakim tidak mutlak dapat memutus perkara dengan bercermin pada hukum adat yang ada.

Hal ini sesungguhnya adalah kendala jangka pendek, sebab hal ini dapat segera diselesaikan dengan cara membekali hakim dengan pemahaman secara komprehensif

mengenai hukum adat yang ada di daerah yang ditanganinya. Lagipula dalam memeriksa perkara, hakim dapat menghadirkan keterangan ahli yang mengetahui akan hukumnya.

PENUTUP

Kesimpulan

Penyelesaian konflik berbasis kearifan lokal merupakan salah satu aksi dan program yang konkret untuk mewujudkan akses terhadap keadilan atau keadilan bagi semua orang terutama masyarakat hukum adat. Terkait dengan hal tersebut, terdapat dua strategi utama yang dapat diterapkan. *Pertama*, adanya pengakuan terhadap mekanisme penyelesaian konflik melalui hukum adat yang ada di dalam masyarakat. *Kedua*, penggunaan hukum adat di dalam proses penemuan hukum oleh hakim di pengadilan.

Terdapat keterkaitan yang positif antara penyelesaian sengketa dengan mekanisme informal melalui hukum adat dengan penguatan akses masyarakat terhadap hukum dan keadilan. Dengan mengakomodir mekanisme penyelesaian sengketa secara informal, yaitu melalui kearifan lokal yang ada pada setiap masyarakat hukum adat, maka hal tersebut akan membuka peluang bagi akses terhadap hukum dan keadilan yang lebih besar bagi masyarakat, khususnya masyarakat hukum adat. Hal tersebut tidak saja tercermin dari adanya pengakuan terhadap eksistensi penyelesaian sengketa menggunakan hukum adat, tetapi juga memasukkan hukum adat sebagai bagian dari unsur yang tidak terpisahkan di dalam hukum nasional dan penemuan hukum oleh hakim di pengadilan.

Saran

Membangun perdamaian yang mapan dan berkelanjutan pascakonflik merupakan kewajiban pemerintah dan seluruh masyarakat. Menjadi tanggung jawab pemerintah sebagai amanat konstitusi yang menyatakan bahwa salah satu tujuan kemerdekaan adalah untuk melindungi dan mensejahterakan seluruh tumpah darah Indonesia. Menjadi tanggung jawab masyarakat karena semua aktor (baik *state actor* maupun *non-state actor*) harus mampu bekerja sama dan bahu membahu untuk mewujudkan perdamaian dan persatuan bangsa.

Nilai-nilai kearifan lokal di Indonesia yang sangat beragam dapat menjadi salah satu solusi atas berbagai permasalahan yang ada, di antaranya adalah untuk menyelesaikan konflik. Kearifan lokal dapat lebih cepat dan mudah diterima, karena telah mengakar dalam masyarakat. Oleh karena itu, penting untuk menyelesaikan konflik dengan menggunakan kearifan lokal yang ada dalam masyarakat. Sebuah kepercayaan bahwa setiap konflik ada solusinya, salah satunya adalah dengan mekanisme informal melalui kearifan lokal yang ada di setiap masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

- Diana Francis. 2005. *Teori Dasar Transformasi Konflik Sosial*. Yogyakarta: Quills.
- Franz Magnis-Suseno. 1988. *Faktor-Faktor yang Mendasari Terjadinya Konflik Antara Kelompok Etnis dan Agama di Indonesia (Pencegahan dan Pemecahan)*. Jakarta: Gramedia.
- Koenjtaraningrat. 1993. *Manusia dan Kebudayaan di Indonesia*. Jakarta: Djambatan.
- Mardjono Reksodiputro. 1997. *Pembaharuan Hukum Pidana*. Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum.
- Topo Santoso. dkk. 2011. *Peranan Hukum Adat dalam Penyelesaian Konflik Pada Masyarakat Adat Maluku*. Depok: Universitas Indonesia.
- World Bank. 2005. *Project Appraisal Document Support for Poor and Disadvantaged Areas Project*.

Sumber lainnya:

- Antara. *Selesaikan Konflik dengan Kearifan Lokal*. http://www.borneotribune.com/pdf/headline/selesaikan_konflik_dengan_Kearifan_lokal.pdf. Diakses pada Rabu, 3 Oktober 2012.
- World Bank. *Akses Terhadap Keadilan di Indonesia*. <http://web.worldbank.org/wbsite/html>. Diakses pada Sabtu, 6 Oktober 2012.

PENDEKATAN HUKUM ISLAM TERHADAP BUDAYA *LIPAS* SEBAGAI PENGHALANG MEWARIS DI KABUPATEN MAJENE

Oleh:

Ika Novitasari

Magister Ilmu Hukum PPs Universitas Hasanuddin

E-mail: ika_novieta@yahoo.com

Abstract: *This research is to find out how the reasons that affect birth of “lipas” and its consequences in the community in Majene district relating to inheritance, the existence and implementation of allegedly contrary to Islamic law. The results showed that there are several reasons that affect birth of “lipas” in Majene district, namely if marriage is not the heir to parental approval, citing differences in the degree of nobility and social status and if the heir to perform acts that assessed the family. As for the consequences caused by the “lipas” that is, causing the breakup of family heir loses his right to get heritage. This is contrary to the things that can serve as a barrier heir, namely murder, religious differences, and slavery.*

Keywords: *Lipas Cultural, Inheritance*

Abstrak: *Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui bagaimana alasan yang mempengaruhi kelahiran “lipas” dan konsekuensinya dalam masyarakat di Kab. Majene yang berkaitan dengan warisan, keberadaan dan pelaksanaan diduga bertentangan dengan hukum Islam. Hasil penelitian menunjukkan bahwa ada beberapa alasan yang mempengaruhi kelahiran “lipas” di Kab. Majene, yaitu jika pernikahan bukanlah pewaris persetujuan orangtua, mengutip perbedaan dalam tingkat bangsawan dan status sosial dan jika ahli waris untuk melakukan tindakan yang dinilai keluarga. Adapun konsekuensi yang disebabkan oleh “lipas”, menyebabkan pecahnya pewaris keluarga kehilangan haknya untuk mendapatkan warisan. Hal ini bertentangan dengan hal-hal yang dapat berfungsi sebagai pewaris penghalang, yaitu pembunuhan, perbedaan agama, dan perbudakan.*

Kata kunci: *Budaya Lipas, Waris*

PENDAHULUAN

Sejak masuknya Islam ke Indonesia pada abad I Hijriyah, atau bertepatan dengan abad ke VII Masehi,¹ sejalan dengan itu masyarakat dalam praktik sehari-hari mulai melaksanakan ajaran dari agama Islam. Kerelaan sikap penundukan diri rakyat nusantara yang telah menyatakan dirinya masuk Islam terhadap hukum Islam, menunjukkan lahirnya realitas baru, yang tidak lain diterimanya norma-norma sosial Islam secara damai.²

Dapat diperkirakan bahwa pada saat itu masyarakat pemeluk Agama Islam telah mengenal hukum Islam walaupun dalam tahap permulaan. Seorang pakar hukum

1 Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995, hlm. 96.

2 Suffran Sabrie, *Peradilan Agama di Indonesia, Sejarah Perkembangan Lembaga dan Proses Pembentukan Undang-Undanganya*, Departemen Agama, Jakarta, 2000, hlm. 20.

berkebangsaan Belanda, Van Den Berg,³ menyatakan bahwa hukum Islamlah yang menjadi hukum positif di Indonesia. Pendapat ini terkenal dengan teori *receptio in complexu*. Meskipun demikian, Christian Snouck Hurgronje mencoba berpendapat dengan teorinya sendiri melalui teori *receptie* yang menyatakan bahwa hukum Islam dipandang sebagai hukum apabila telah diterima (direceplir) oleh hukum Adat. Selanjutnya, oleh Van Vollen Hoven,⁴ mempertegas pendapat tersebut melalui pandangannya yang menyatakan bahwa masyarakat pribumi Indonesia telah lama di bawah suatu sistem hukum yang lengkap dan teratur, yaitu hukum Adat, namun demikian pencetus teori *receptie* ini mengakui bahwa hukum Adat telah dipengaruhi oleh unsur Islam, termasuk dalam aspek kewarisan⁵.

Berdasarkan kenyataan di atas, masyarakat muslim Indonesia, termasuk yang bermukim dalam wilayah Kabupaten Majene, dalam berbagai aktivitas hukum senantiasa berpedoman kepada hukum Islam, yang telah diakui dan tersebar di daerah Mandar pada abad IX.⁶ Salah satu diantaranya adalah dalam bidang penyelesaian masalah kewarisan, baik melalui lembaga peradilan maupun di luar peradilan.

Pada hakikatnya setiap ahli waris berhak untuk mewarisi harta warisan yang ditinggalkan oleh pewaris, setiap ahli waris berhak mendapatkan perlindungan dari undang-undang terutama menyangkut bagian mutlaknya sendiri⁷. Sedang yang dimaksud dengan ahli waris, hukum Islam telah menentukan yaitu, anak laki-laki/anak perempuan, orang tua laki-laki dan orang tua perempuan, suami isteri saling mewarisi dan saudara jika pewaris tidak mempunyai anak.⁸

Ketentuan mengenai pihak-pihak yang berstatus ahli waris, telah dijelaskan di dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia. Melalui Pasal 174 ayat (1) KHI dengan jelas telah mengelompokkan dalam dua kelompok, yaitu:

1. Kelompok pertama menurut hubungan darah, terdiri atas: golongan laki-laki, yaitu, ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki, paman dan kakek. Sedang golongan perempuan, yaitu, ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek.
2. Kelompok kedua menurut hubungan perkawinan terdiri atas, janda dan duda.

Berdasarkan ketentuan hukum kewarisan Islam yang juga tertuang di dalam Pasal 174 ayat (2) KHI, yang menyatakan bahwa:

3 Bustanul Arifin, *Transformasi Hukum Islam ke Hukum Nasional, Bertenun dengan Benang-Benang Kusut*, Yayasan Al-Hikmah, Jakarta, 2001, hlm.36

4 Abdul Halim, *Peradilan Agama dalam Politik Hukum di Indonesia dan Otoriter Konservatif Menuju Konfigurasi Demokrasi Resfonsif*, P.T. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2000, hlm. XIX

5 Hasbi, *Penghalang Kewarisan di Kabupaten Polmas*. (Tesis). Program Pascasarjana. Universitas Muslim Indonesia, 2002, hlm. 2.

6 A. M. Mandra, *Berbagai Kajian Masalah Budaya Mandar dan Agama Islam*, Yayasan Saq-Adawang, Sendana Majene, 1988, hlm.11

7 Sudarsono, *Hukum Waris dan Sistem Bilateral*, P.T. Rineka Cipta, Jakarta, 1991, hlm.5

8 Hasbi, *op.cit.*, hlm. 3.

Apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapat warisan hanya, anak, ayah, ibu, janda atau duda.

Hal ini dapat dipahami bahwa dalam kondisi apapun juga, anak, ayah, ibu, duda atau janda tidak mungkin saling menghalangi antara yang satu dengan yang lainnya dalam memperoleh bagian masing-masing, kecuali dalam kondisi khusus ahli waris tersebut melakukan sesuatu perbuatan yang dengan perbuatan itu ia menjadi kehilangan hak waris, seperti perbedaan agama, pembunuhan dan perbudakan. Selain itu, penyebab terhalangnya seseorang menjadi ahli waris yakni apabila dinyatakan dengan putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, di mana seseorang atau sekelompok orang tersebut dihukum karena dipersalahkan telah membunuh, atau menganiaya berat pewaris.⁹

Bagi masyarakat di Kabupaten Majene, sebagai penganut agama Islam, dalam menentukan faktor-faktor penghalang berpatokan kepada ketentuan hukum kewarisan Islam, tetapi terdapat satu hal yang merupakan salah satu bentuk kebiasaan masyarakat yang sejak dahulu hingga sekarang masih sering dilakukan, juga dijadikan sebagai salah satu bentuk penghalang mewaris. Kebiasaan yang dimaksud adalah pemutusan hubungan keluarga di kalangan keluarga inti. Menurut Hassan Shadily,¹⁰ yang dimaksud dengan keluarga inti (*nuclear family* atau *conjugal family*) adalah keluarga yang terdiri atas suami, isteri dan keturunan.

Pemutusan hubungan ini, biasanya dilakukan dari atas ke bawah, yaitu orang tua memutuskan hubungannya dengan anak kandungnya sendiri dengan alasan-alasan yang bervariasi, seperti karena menikah dengan orang yang tidak dikehendaki orang tua, murtad, atau perbuatan lain yang dianggap dapat merusak nama baik dan martabat keluarga di masyarakat dan mengakibatkan keluarga menanggung beban malu atau *siri*'. Sebab *siri*' itu tidak lain daripada martabat dan harga diri manusia.¹¹ *Siri*' ialah suatu perasaan mempertahankan harga diri yang banyak sekali memaksa manusia bertindak atau berbuat secara rasional atau ada kalanya irrasional.¹² Oleh karena itu, dengan adanya pemutusan hubungan keluarga tersebut, mereka merasa martabat dan harga dirinya kembali terpulihkan.

Konsep pemutusan hubungan keluarga yang lebih lazim dikenal dengan sebutan *lipas*, bukan hanya sekedar tidak adanya keterkaitan dan hubungan silaturahmi maupun hubungan persaudaraan dalam persepsi sebagian masyarakat Kabupaten Majene, tetapi justru berdampak kepada pemutusan hak-hak keperdataan kedua belah pihak, terutama hak orang yang dijatuhi sanksi *lipas* tersebut, dalam hal ini hak mewaris. Dengan *lipas* seorang anak yang semestinya menjadi ahli waris dari orang tuanya menjadi terhalang mendapatkan hak

9 Badriyah Harun, *op.cit.*, hlm. 52

10 Hassan Shadily, *Sosiologi Untuk Masyarakat Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 1993, hlm.77

11 Hasbi, *op.cit.*, hlm. 4.

12 Ibrahim Abbas, *Pendekatan Budaya Mandar*, UD. Hijrah Grafika, Makassar, 1999, hlm.159

mewarisnya. Akibatnya anak yang *dilipas* tersebut tidak mustahil menjadi anak yatim yang miskin.

Melihat *lipas* tetap ada dalam masyarakat Kabupaten Majene dan kepatuhan sebagian masyarakat terhadapnya merupakan suatu sikap kepatuhan masyarakat terhadap nilai budaya atau kebiasaan masyarakat yang sejak dahulu berlangsung, penundukan diri terhadap sanksi *lipas* dan akibatnya tersebut didasari anggapan bahwa setiap pelanggaran kaidah sosial harus diberikan sanksi. Hal ini seperti yang diungkapkan oleh Sudikno Mertokusumo, pelanggaran kaidah sosial harus dijatuhi sanksi, yaitu reaksi akibat atau konsekuensi pelanggaran kaidah sosial.¹³ Sebaliknya mereka tidak menyadari bahwa tidaklah semua nilai budaya yang ada harus diterima dan dilestarikan sebagaimana yang dikemukakan oleh Koentjaraningrat, sebab dalam sistem nilai budaya dari berbagai suku bangsa dan lapisan sosial dalam masyarakat, terdapat berbagai nilai tradisional yang memang tidak cocok dengan nilai pembangunan.¹⁴

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Landasan Teori

1. Teori Kredo atau Syahadat

Teori kredo atau syahadat ialah teori yang mengharuskan pelaksanaan hukum Islam oleh mereka yang telah mengucapkan dua kalimah syahadat sebagai konsekuensi logis dari pengucapan kredonya.

Teori ini sesungguhnya kelanjutan dari prinsip tauhid dalam filsafat hukum Islam. Prinsip tauhid yang menghendaki setiap orang yang menyatakan dirinya beriman kepada ke-Maha Esaan Allah swt, maka ia harus tunduk kepada apa yang diperintahkan Allah swt. Dalam hal ini taat kepada perintah Allah swt, dan sekaligus taat kepada Rasulullah saw, dan sunnahnya.

Teori Kredo ini sama dengan teori otoritas hukum yang dijelaskan oleh H.A.R. Gibb. Gibb,¹⁵ menyatakan bahwa orang Islam yang telah menerima Islam sebagai agamanya berarti ia telah menerima otoritas hukum Islam atas dirinya. Teori Gibb ini sama dengan apa yang telah diungkapkan oleh imam madzhab seperti Imam Syafi'i dan Imam Abu Hanifah ketika mereka menjelaskan teori mereka tentang Politik Hukum Internasional Islam (Fiqh Siyasah Dauliyyah) dan Hukum Pidana Islam (Fiqh Jinayah). Mereka mengenal teori teritorialitas dan non teritorialitas. Teori teritorialitas dari Imam Abu Hanifah menyatakan bahwa seorang muslim terikat untuk melaksanakan hukum Islam sepanjang ia berada di wilayah hukum di mana hukum Islam diberlakukan. Sementara teori non teritorialitas dari Imam Syafi'i menyatakan bahwa seorang muslim selamanya terikat untuk melaksanakan hukum Islam di

13 Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1986, hlm. 9

14 Koentjaraningrat, *Kebudayaan Mentalitas dan Pembangunan*, Gramedia, Jakarta, 1984, hlm. 68

15 H.A.R. Gibb. *The Modern Trends in Islam*, The University of Chicago Press, Chicago, Illionis, 1950

mana pun ia berada, baik di wilayah hukum di mana hukum Islam diberlakukan, maupun di wilayah hukum di mana hukum Islam tidak diberlakukan.

Sebagaimana diketahui bahwa mayoritas umat Islam di Indonesia adalah penganut madzhab Syafi'i sehingga berlakunya teori syahadat ini tidak dapat disangsikan lagi. Teori Kredo atau Syahadat ini berlaku di Indonesia sejak kedatangannya hingga kemudian lahir Teori *Receptio in Complexu* di zaman Belanda.

2. Teori *Receptio in Complexu*

Teori *Receptio in Complexu* menyatakan bahwa bagi orang Islam berlaku penuh hukum Islam sebab ia telah memeluk agama Islam walaupun dalam pelaksanaannya terdapat penyimpangan-penyimpangan. Teori ini berlaku di Indonesia ketika teori ini diperkenalkan oleh Prof. Mr. Lodewijk Willem Christian van den Berg. Teori ini telah diberlakukan di zaman VOC sebagaimana terbukti dengan dibuatnya pelbagai kimpulan hukum untuk pedoman pejabat dalam menyelesaikan urusan-urusan hukum rakyat pribumi yang tinggal di dalam wilayah kekuasaan VOC yang kemudian dikenal sebagai *Nederlandsch Indie*.

3. Teori *Receptie*

Teori *Receptie* menyatakan bahwa bagi rakyat pribumi pada dasarnya berlaku hukum adat. Hukum Islam berlaku bagi rakyat pribumi kalau norma hukum Islam itu telah diterima oleh masyarakat sebagai hukum adat. Teori *Receptie* ini dikemukakan oleh Christian Snouck Hurgronje dan kemudian dikembangkan oleh van Vollenhoven dan Ter Haar. Teori ini dijadikan alat oleh Snouck Hurgronje agar orang-orang pribumi jangan sampai kuat memegang ajaran Islam dan hukum Islam. Jika mereka berpegang terhadap ajaran dan hukum Islam, dikhawatirkan mereka akan sulit menerima dan dipengaruhi dengan mudah oleh budaya barat. Ia pun khawatir hembusan Pan Islamisme yang ditiupkan oleh Jamaluddin Al-Afgani berpengaruh di Indonesia.

Teori ini sangat berpengaruh bagi perkembangan hukum Islam di Indonesia serta berkaitan erat dengan pemenggalan wilayah Indonesia ke dalam sembilan belas wilayah hukum adat. Teori *Receptie* berlaku hingga tiba di zaman kemerdekaan Indonesia.

4. Teori *Receptie Exit*

Teori *Receptie Exit* diperkenalkan oleh Hazairin. Menurutnya, setelah Indonesia merdeka, tepatnya setelah Proklamasi Kemerdekaan Indonesia dan Undang-Undang Dasar 1945 dijadikan Undang-Undang Negara Republik Indonesia, semua peraturan perundang-undangan Hindia Belanda yang berdasarkan teori *receptie* bertentangan dengan jiwa UUD '45. Dengan demikian, teori *receptie* itu harus *exit* alias keluar dari tata hukum Indonesia merdeka.

Teori *receptie* bertentangan dengan al-Qur'an dan Sunnah. Secara tegas UUD NRI 1945 menyatakan bahwa, "Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa" dan "Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu." Demikian dinyatakan dalam Pasal 29 (1) dan (2) UUD NRI 1945.

5. Teori *Receptie A Contrario*

Teori *Receptie Exit* yang diperkenalkan oleh Hazairin dikembangkan oleh Sayuti Thalib, dengan memperkenalkan Teori *Receptie A Contrario*. Teori *Receptie A Contrario* yang secara harfiah berarti lawan dari Teori *Receptie* menyatakan bahwa hukum adat berlaku bagi orang Islam kalau hukum adat itu tidak bertentangan dengan agama Islam dan hukum Islam. Dengan demikian, dalam teori *receptie a contrario*, hukum adat itu baru berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Jika teori *receptie* mendahulukan berlakunya hukum adat daripada hukum Islam, maka teori *receptie a contrario* sebaliknya. Dalam teori *receptie*, hukum Islam tidak dapat diberlakukan jika bertentangan dengan hukum adat. Teori *receptie a contrario* mendahulukan berlakunya hukum Islam daripada hukum adat, karena hukum adat baru dapat dilaksanakan jika tidak bertentangan dengan hukum Islam.¹⁶

Ruang Lingkup Budaya *Lipas*

Makna Lipas

Dalam menguraikan makna *lipas* dapat menggunakan dua sudut pandang, pertama dari segi bahasa dan kedua menurut istilah. Oleh karena itu, dalam uraian ini, terlebih dahulu akan dikemukakan pengertian *lipas* menurut bahasa sebagai berikut. Sepintas lalu, kata *lipas* hampir sama dengan kata *lappas*, sebab itu tidak mustahil *lipas* berasal dari kata *lappas* tersebut. Dalam bahasa Mandar, *lappas* diartikan dengan lepas sedang lepas sendiri diartikan dengan sudah tidak terkait, tidak berhubungan.

Menurut Abdul Muthalib, dalam Kamus Bahasa Mandar disebutkan bahwa *lipas* itu berarti kutuk. Ia pun memberikan contoh penggunaan kata tersebut dalam praktek sehari-hari, seperti:

"*Ulipaso'o mua namaindongo'o lao di tommuane*" (artinya: saya akan mengutuk engkau, jika engkau melarikan diri kepada laki-laki).

Apabila dikaitkan antara makna *lipas* atau *lappas* sebagai terlepas atau tidak ada hubungan dengan makna kutuk, maka dapat disimpulkan bahwa *lipas* adalah suatu kutukan yang mengakibatkan terlepasnya hubungan kekeluargaan.

16 Sebagaimana dikutip pada laman website: <http://master-masday.blogspot.com/2011/05/teori-tentang-berlakunya-hukum-islam-di.html?m=1> Diakses pada tanggal 20, Desember 2012

Sementara itu, pengertian *lipas* menurut istilah, di antaranya dikemukakan oleh beberapa tokoh masyarakat Mandar, sebagai berikut:

a. Menurut Abd. Malik¹⁷

Lipas adalah pemutusan hubungan kekeluargaan, karena todilipas melakukan perbuatan tercela, khususnya dalam pandangan tomallipas.

b. Menurut Aco Daeng Cora¹⁸

Lipas adalah kutukan hukuman tertinggi bagi seseorang yang melanggar hukum tradisi yang digunakan oleh orang tua terhadap anaknya, kakak terhadap adiknya, atau keluarga yang lebih tua terhadap yang lebih muda.

c. Menurut Baharuddin¹⁹

Lipas adalah hukuman yang dijatuhkan oleh orang tua terhadap anaknya karena dinilai telah melakukan pelanggaran terhadap tradisi, agama dan kehendak orang tua.

Berdasarkan beberapa pengertian di atas, dapat disimpulkan bahwa *lipas* adalah pemutusan hubungan antara orang tua dengan anaknya, atau kakak dengan adiknya, karena anak atau adik tersebut telah melakukan suatu perbuatan tercela yang dinilai bertentangan dengan tradisi, agama maupun kehendak keluarga.

Tata Cara Menjatuhkan Lipas

Dalam praktiknya, masyarakat Kabupaten Majene menjatuhkan *lipas* dengan menggunakan 2 (dua) cara, yaitu: *lipas* yang dilakukan secara mendadak dan *lipas* yang dilakukan secara bertahap.²⁰

Adanya perbedaan cara pelaksanaan seperti ini ada kaitannya dengan tingkat kesadaran psikologis pihak *tomallipas*, sebab bagaimana pun kasus seperti ini, banyak didorong oleh kepekaan emosi pada saat-saat tertentu. Oleh karena ia tidak mempunyai alternatif lain, kecuali menjatuhkan *lipas*.²¹ Untuk jelasnya akan diuraikan kedua cara menjatuhkan *lipas*, sebagai berikut :

1. *Lipas* Secara Mendadak

Peristiwa *lipas* seperti ini terjadi di kalangan keluarga yang sangat fanatik dan ekstrim dalam mematuhi hukum Adat atau tradisi masyarakat dan biasanya mereka dalam masyarakat memiliki status sosial dari golongan atas, sehingga setiap pelanggaran tradisi dikalangan keluarganya merupakan *siri'* atau *lokko'* yang dapat merusak nama baik keluarga secara turun temurun. Mereka biasanya tidak mudah diajak kompromi dengan pertimbangan yang datang dari luar.²²

17 Arifuddin Ismail, *Lipas Bagi Orang Mandar*, Makalah. Majene, 1996, hlm. 34.

18 *Ibid*, hlm. 34.

19 Baharuddin, *Mengikis Budaya Lipas di Mandar*, Makalah. Yayasan Tupalayo, Polewali, 1983, hlm. 22.

20 Arifuddin Ismail, *Loc.cit*, hlm. 42.

21 *Ibid*, hlm. 43.

22 *Ibid*, hlm. 45.

Proses terjadinya *lipas* secara mendadak sering didahului dengan permohonan restu seorang anak kepada orang tuanya untuk melakukan perkawinan dengan seorang yang dicintainya, tetapi karena perbedaan status sosial atau karena pertimbangan orang tua yang sangat ketat, maka rencana tersebut tidak mendapat respon positif dari orang tua.²³

Dalam kondisi penolakan orang tua tersebut, seorang anak yang terlanjur sudah sangat mencintai calonnya atau mungkin sudah memberikan janji akan menikahinya, biasanya tidak lagi berpikir untuk mengikuti kemauan orang tuanya, tetapi justru langsung memutuskan sendiri menikah dengan pilihannya tersebut dengan kesiapan menanggung segala bentuk akibat yang mungkin muncul. Apabila hal seperti ini terjadi, maka orang tua yang merasa kehendaknya sudah tidak ditaati oleh anaknya, dengan dorongan emosi akan menjatuhkan *lipas* secara mendadak.

Menjatuhkan *lipas* secara mendadak dapat ditandai dengan penggunaan kata-kata yang memang mengandung makna berlaku seketika diucapkannya. Menurut Sitti Aminah Pabittei, yang dikutip oleh Hasbi mengenai kata-kata yang sering digunakan dalam *lipas* secara mendadak ini, seperti:

- a. *Andiammo ana'u di lino lamba lao di akhera'*.
(artinya: Saya tidak lagi mempunyai anak dunia akhirat).
- b. *Uita matem*.
(artinya: Saya telah menganggapnya ia mati).²⁴

Dengan menyimak makna dari ungkapan-ungkapan yang dipergunakan dalam menjatuhkan sanksi *lipas* tersebut, dapat disimpulkan bahwa saat diucapkannya kata-kata tersebut, maka pada saat itu pula sanksi *lipas* mulai diberlakukan dengan pengertian sejak itu hubungan antara orang tua dengan anak mulai terlepas.

2. *Lipas* Secara Bertahap

Jika pada *lipas* yang dilakukan secara mendadak umumnya dilakukan oleh kalangan keluarga yang masih ekstrim dalam menyikapi pelanggaran kebiasaan atau tradisi, maka pada *lipas* yang dijatuhkan secara bertahap ini, biasanya dilakukan oleh kalangan keluarga yang berpikiran moderat, kelompok ini biasanya ditemukan pada kelompok *strata tau pia*. Mereka mulai berpikir akomodatif, di satu pihak masih menghargai pada ketentuan yang dipatuhi secara lokal, tetapi mereka mulai berpikir rasional dengan mempertimbangan berbagai faktor yang dianggap lebih bermanfaat bagi diri, keluarga dan masyarakat.²⁵

Dalam menerapkan sanksi *lipas* dari kelompok keluarga *tau pia* ini, apabila dari kalangan keluarga ini ada yang melakukan pelanggaran, biasanya tidak langsung dijatuhi

23 Arifuddin Ismail, *Loc.cit.*

24 Sitti Aminah Pabittei, 1995, *Adat dan Upacara Perkawinan Daerah Sulawesi Selatan*, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Ujungpandang, hlm. 102.

25 Arifuddin Ismail, *op.cit.* hlm.48

lipas, tetapi sebelumnya melewati tahapan tertentu, di mana anggota keluarga yang melakukan pelanggaran tersebut dahulu dinasihati agar tidak melanjutkan perbuatannya yang bisa menodai martabat keluarga.²⁶

Dengan proses awal sebelum menjatuhkan *lipas* tersebut, biasanya sudah dibarengi sejumlah ungkapan yang mengandung makna adanya kehendak orang tua menjatuhkan *lipas* jika tidak dipenuhi keinginannya dan sanksi tersebut berlaku jika benar-benar anak yang dinasihati dengan ancaman *lipas* tersebut tetap nekad meneruskan keinginannya. Adapun kalimat yang biasa digunakan dalam *lipas* yang dijatuhkan secara bertahap ini, antara lain sebagai berikut :

“E... ana’u, e... kabe’u ! madhondong duambongi, anna likkao siola di’o ana’na ianu... andiangmo tu’u diang tomabubemmu. Mua’ diongo’o di atambusang, iami tomabubemmu di aya di matanna allo, anna mua iami tomabubemmu mendiolo mate, dale’ba mai peillang bopa. Tipateng toi mua i’o kabe mate mendiolo, iami andiang toi tau namating mapeillango’o”.

(artinya: Wahai anakku, besok atau lusa, jika engkau kawin dengan anaknya si Anu (nama orang tua yang hendak dikawini), maka engkau tidak akan mempunyai orang tua lagi. Oleh karena itu, jika kamu berada di Timur, maka kami orang tuamu berada di Barat. Jika kelak kami meninggal dunia lebih dahulu, engkau tidak perlu bersusah paya untuk melayat jenazah kami. Begitu pun sebaliknya sekiranya Tuhan mentakdirkan engkau lebih dahulu meninggal sebelum kami, kami pun tidak akan melayat jenazahmu).²⁷

Dari ungkapan di atas, jelas terlihat bahwa orang tua yang memberikan peringatan atau nasihat kepada anaknya dengan kata-kata seperti di atas dengan penekanan kata *ana’u* dan *kabe’u* memberikan gambaran bahwa orang tua tersebut masih sangat mencintai anaknya, karena arti kata *ana’u* maupun *kabe’u* adalah ungkapan kasih sayang yang sering dipergunakan orang tua terhadap anaknya di Mandar. Namun demikian, jika ternyata anak yang telah diberikan nasihat seperti itu masih tetap nekad dengan keinginannya, maka hakikat *lipas* mulai berlaku, ketika orang tua menambahkan ucapannya dengan ungkapan yang biasa digunakan dalam menjatuhkan *lipas* secara mendadak.

Akibat Budaya *Lipas* dan Kaitannya dengan Kewarisan bagi Masyarakat di Kabupaten Majene

Dari hasil penelitian penulis, ditemukan sejumlah kasus *lipas*, baik yang terjadi sejak beberapa tahun lalu, maupun yang belum lama terjadi. Dari beberapa kasus tersebut, dapat diketahui alasan-alasan yang mempengaruhi lahirnya *lipas* dalam masyarakat di Kabupaten Majene. Dari beberapa kasus tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa alasan-alasan yang mempengaruhi lahirnya *lipas* di Kabupaten Majene, adalah:

1. Oleh karena seseorang melakukan perbuatan yang dinilai telah mempermalukan serta

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Hasbi, 2002, *Penghalang Kewarisan di Kabupaten Majene*, hlm.15

mencoreng harkat dan martabat keluarga. Perbuatan-perbuatan tersebut diantaranya yakni, menikah dengan orang yang tidak disetujui oleh orang tua baik karena alasan perbedaan status sosial maupun karena alasan lainnya, kawin lari (*sipaindongang*), mempunyai banyak hutang, dan lain-lain.

2. Disebabkan terdapat kebiasaan dan nilai-nilai budaya masyarakat Mandar khususnya masyarakat Kabupaten Majene yang hingga saat ini masih dipertahankan. Hal ini dapat dilihat dari kasus mengenai pernikahan yang tidak direstui karena alasan perbedaan status sosial, dimana masih terdapat masyarakat yang mengutamakan status sosial dan siri’.

Kebiasaan masyarakat Kabupaten Majene dalam melakukan pemutusan hubungan keluarga atau yang lazim disebut *lipas*, bukanlah sebagai suatu hal yang asing, tetapi justru merupakan hal yang diketahui secara umum oleh masyarakat, terutama di kalangan masyarakat dewasa. Hal ini, menurut Ahmad,²⁸ seorang budayawan Mandar disebabkan kebiasaan *lipas* memang telah terjadi semenjak dahulu dan hingga saat ini kebiasaan tersebut masih terus ada. Sependapat dengan hal tersebut, Andi Tamaruddin,²⁹ salah seorang tokoh agama di Kabupaten Majene menambahkan bahwa terjadinya *lipas* merupakan sifat emosional orang tua terhadap anaknya.

Dalam kaitannya dengan akibat yang ditimbulkan oleh *lipas* dalam masyarakat Kabupaten Majene, lebih lanjut, Ahmad menjelaskan, bahwa selain memutuskan hubungan keluarga, biasanya mengakibatkan seseorang yang ter*lipas* menjadi terhalang mendapatkan warisan orang tuanya. Dari hasil penelitian diketahui bahwa beberapa mayoritas masyarakat Kabupaten Majene memandang *lipas* sebagai penghalang mewaris, sehingga dengan demikian dapat disimpulkan bahwa *lipas* di Kabupaten Majene telah diposisikan sebagai suatu penghalang bagi ahli waris untuk memperoleh hak mewarisnya. Pendapat ini cenderung melihat praktik *lipas* dalam masyarakat di mana hampir semua orang yang dijatuhi sanksi *lipas* tidak akan mendapatkan warisan dari pewaris.

Hal ini disebabkan ahli waris lainnya, selain mentaati hukum kebiasaan dalam masyarakat, juga menurut salah seorang budayawan Mandar yaitu Ahmad, karena anak-anak atau keluarga dari orang yang melakukan *lipas* kepada anaknya sangat terpengaruh dengan bunyi dan makna ungkapan *lipas* yang diucapkan ketika menjatuhkan *lipas*, seperti ungkapan:

“*Udosao mie’ lino lambi’ akhera’ mua’ matea’ anna’ muwarei bareang pole di barang-barangngu lao di anu....*” (Berdosalah kalian semua jika kelak saya meninggal dunia, kalian memberikan bagian dari harta peninggalan saya kepada si Anu...)

Dalam memposisikan *lipas* dalam kaitannya dengan kewarisan dalam hal ini sebagai penghalang mewaris, tentu saja menimbulkan suatu pertanyaan, apakah mereka mengetahui

28 Wawancara pada tanggal 6 April 2011 di Musem Mandar Kabupaten Majene.

29 Wawancara pada tanggal 18 April 2011 di Binanga Kec. Banggae Timur.

bahwa yang dilakukannya tersebut telah sejalan dengan hukum kewarisan Islam yang semestinya menjadi panutan bagi mereka yang beragama Islam atau justru sangat bertentangan dengan hukum kewarisan Islam. Hal ini menurut Andi Tamaruddin, yang lebih lanjut menambahkan bahwa dalam ajaran Agama Islam tidak dikenal adanya *lipas* dan anak yang terlanjur telah dijatuhi sanksi *lipas* tetap berhak mendapatkan warisan dari orang tuanya.

Dalam persepsi masyarakat, *lipas* sebagai penghalang di Kabupaten Majene telah sesuai dengan hukum kewarisan Islam. Hal ini dapat dinilai dari sikap masyarakat yang mematuhi dan mentaati akibat hukum yang ditimbulkan oleh *lipas* tersebut, dengan kata lain ahli waris yang dijatuhi sanksi *lipas* benar-benar dapat menerimanya sebagai suatu keputusan final yang tidak perlu diganggu gugat. Berkaitan dengan hal tersebut menurut M. Thayyib.HP, masyarakat Majene terutama yang secara langsung terkait dengan *lipas* cukup mematuhi akibat hukum dari sanksi *lipas* tersebut. Seperti terhalangnya seorang anak mendapatkan harta warisan orang tuanya umumnya diterima begitu saja tanpa adanya upaya untuk melakukan perlawanan.

Hal tersebut terlihat pada kurangnya gugatan tentang kewarisan yang diajukan ke Pengadilan Agama dimana kewarisan hanya berjumlah sekitar 10% dari total jumlah perkara. Sebagai bukti ketaatan masyarakat terhadap sanksi *lipas* tersebut, Peneliti mencoba mengaitkannya dengan menganalisis perkara-perkara di bidang kewarisan yang pernah ditangani dan diselesaikan melalui Pengadilan Agama Majene, sebagaimana tertuang dalam tabel berikut:

Tabel 1. Perkara Kewarisan yang Diterima oleh Pengadilan Agama Majene Tahun 2005-2010³⁰

Tahun	Perkara yang Diterima
2005	-
2006	5
2007	1
2008	1
2009	1
2010	-
Total Jumlah	8 Perkara

Data di atas memang tidak secara langsung menggambarkan ada tidaknya unsur *lipas* di dalamnya, tetapi menurut penjelasan salah seorang hakim Pengadilan Agama Majene, M. Thayyib. HP, bahwa selama ia bertugas di Pengadilan Agama Majene yang sudah berlangsung sekitar 6 tahun, hingga saat ini belum pernah menemukan adanya gugatan waris yang didasarkan bahwa penggugat menuntut bagiannya yang dikuasai ahli waris lain tanpa memberikan kepada penggugat dengan alasan *lipas*. Olehnya itu, dari 8 jumlah perkara yang ditangani sejak tahun 2005 sampai dengan tahun 2010, semuanya tidak terkait dengan *lipas*.

30 Sumber: Data Pengadilan Agama Majene

Dengan demikian dapat dipahami, bahwa tidak adanya tuntutan masyarakat dari pihak yang tidak mendapatkan warisan hanya karena alasan *lipas*, maka dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa *lipas* benar-benar dipatuhi dan ditaati oleh masyarakat, terutama masyarakat yang terlibat langsung di dalamnya, baik yang mendapatkan keuntungan karena *lipas* maupun yang dirugikan. Sebenarnya, diberlakukannya *lipas* sebagai penghalang mewaris, menurut penulis sangat bertentangan dengan hukum kewarisan Islam yang telah menentukan secara rinci dan jelas mengenai hal-hal yang dapat dijadikan sebagai penghalang mewaris, seperti pembunuhan, perbedaan agama, dan perbudakan yang jika dikondisikan dengan masyarakat Kabupaten Majene maka setidaknya dua hal yang menurut hukum Islam dapat dijadikan sebagai penghalang mewaris, yakni pembunuhan terhadap pewaris dan perbedaan agama.

Oleh sebab itu, berdasarkan hal ini maka dengan sendirinya sebagai penganut Agama Islam apa yang dilakukan oleh masyarakat Kabupaten Majene tersebut, sangatlah bertentangan dengan nilai-nilai hukum kewarisan Islam. Namun demikian, jika dikaji tentang penyebab awal dijatuhkannya *lipas*, maka terdapat dua alasan yang dapat mensinkronkan *lipas* sebagai penghalang mewaris, yaitu apabila *lipas* dijatuhkan karena telah membunuh salah seorang dari orang tuanya, atau karena telah murtad dari Agama Islam. Kedua hal ini kemungkinan besar dapat terjadi dalam masyarakat Kabupaten Majene. Namun, apabila dengan alasan lain misalnya karena menikah dengan seseorang yang bukan pilihan orang tua atau karena perbedaan status sosial, sesuai dengan kasus-kasus yang terjadi dalam masyarakat Kabupaten Majene yang mayoritas menjatuhkan sanksi *lipas* karena alasan tersebut, maka sangat tidak mendasar untuk menghalanginya mendapatkan warisan.

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa akibat yang ditimbulkan dengan adanya *lipas* dalam masyarakat di Kabupaten Majene dalam hal kewarisan, yaitu: a) Terhalangnya hak mewaris bagi orang yang *dilipas* terhadap harta warisan orang tua; b) Putusnya hubungan kekeluargaan antara orang tua dengan anaknya yang disebabkan oleh ambisi untuk mempertahankan harkat dan martabat keluarga.

Adapun akibat yang ditimbulkan dengan adanya *lipas* tersebut, sangat merugikan pihak ahli waris apalagi dengan *lipas* tersebut sangat sulit lagi terjadi perdamaian secara sukarela antara orang tua yang *melipas* dengan anak yang *terlipas*. Oleh karena itu, secara non litigasi sangat sulit bagi ahli waris *terlipas* tersebut untuk kembali memperoleh haknya sebagaimana layaknya seorang ahli waris.

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, bahwa masyarakat Kabupaten Majene dalam menentukan faktor penyebab terhalangnya seseorang menerima warisan, selain berpedoman kepada aturan hukum Kewarisan Islam, juga berpedoman kepada salah satu kebiasaan masyarakat yang telah berlangsung secara terus menerus sejak dahulu hingga sekarang. Kebiasaan yang dimaksud adalah kebiasaan pemutusan hubungan keluarga antara orang tua

dengan anaknya yang oleh masyarakat Kabupaten Majene disebutnya dengan *lipas*.

Dengan adanya hal tersebut, tidak berarti harapan mendapatkan haknya kembali pupus sama sekali, sebab dalam kaitan ini anak yang *dilipas* dapat mengajukan persoalannya ke Pengadilan Agama dalam bentuk gugatan waris, dengan gugatan tersebut pihak Pengadilan Agama melalui Majelis Hakim yang diberi tugas untuk memeriksa dan memutus gugatan tersebut dapat memberikan solusinya dengan memberlakukan aturan hukum kewarisan Islam, sehingga faktor penghalang mewaris yang tidak sesuai dengan hukum kewarisan Islam seperti *lipas* dapat dikesampingkan. Dengan demikian penerapan hukum kewarisan akan sampai kepada suatu tujuan tercapainya kewarisan yang ideal, yaitu kewarisan yang adil menurut hukum Islam.

PENUTUP

Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada pembahasan dan analisis di atas, dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Pemberlakuan budaya *Lipas* sebagai penghalang mewaris dalam masyarakat di Kabupaten Majene sangat bertentangan dengan Hak Asasi Manusia dan Hukum Kewarisan Islam.
2. Lahirnya budaya *lipas* dalam masyarakat di Kabupaten Majene disebabkan oleh beberapa alasan, di antaranya:
 - a. Oleh karena seseorang melakukan perbuatan yang dinilai telah mempermalukan serta mencoreng harkat dan martabat keluarga, seperti menikah dengan orang yang tidak disetujui oleh orang tua karena perbedaan status sosial.
 - b. Kebiasaan dan nilai-nilai budaya masyarakat Mandar khususnya masyarakat Kabupaten Majene yang hingga saat ini masih dipertahankan.
 - c. Tingkat pengetahuan hukum khususnya hukum Islam dalam masyarakat di Kabupaten Majene yang masih sangat rendah.
3. Akibat yang ditimbulkan dengan adanya budaya *lipas* dalam masyarakat di Kabupaten Majene dalam hal kewarisan, yaitu:
 - a. Terhalangnya hak mewaris terhadap harta warisan orang tua bagi orang yang *dilipas*.
 - b. Putusnya hubungan kekeluargaan antara orang tua dengan anaknya yang disebabkan oleh ambisi untuk mempertahankan harkat dan martabat keluarga.

Saran

1. Untuk menghindari berlangsungnya kebiasaan masyarakat Kabupaten Majene dalam melakukan pemutusan hubungan kekeluargaan dengan jalan *lipas*, disarankan kepada para ulama dalam melakukan aktivitasnya memberikan ceramah agama kepada masyarakat tidak semata-mata menyampaikan materi tentang surga dan neraka saja, tetapi

hendaknya memberikan pengetahuan atau informasi mengenai kebiasaan masyarakat yang bertentangan dengan ajaran agama Islam seperti *lipas* sebagai suatu kebiasaan yang tidak sewajarnya dipertahankan dan ditumbuhkembangkan.

2. Agar frekuensi penyuluhan hukum terus ditingkatkan, khususnya mengenai hukum-hukum kewarisan Islam dalam berbagai aspek, terutama mengenai penyebab terhalangnya ahli waris dalam mendapatkan warisan, sehingga rendahnya pengetahuan hukum maupun tingkat kesadaran hukum masyarakat Kabupaten Majene yang mengaitkan *lipas* dengan masalah kewarisan dan menjadikan *lipas* tersebut sebagai penghalang dalam mewaris dapat dihindarkan, dan sejalan dengan hal tersebut masyarakat yang telah menjadi korban terhadap pemutusan hubungan keluarga (*lipas*) dapat memperoleh haknya kembali sebagai ahli waris, dengan cara mengajukan gugatan waris melalui Pengadilan Agama.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Muthalib. 1997. *Kamus Bahasa Mandar-Indonesia*, Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Depdikbud: Jakarta.
- Achmad Ali. 1990. *Mengembara di Belantara Hukum*, Lembaga Penerbitan Universitas Hasanuddin: Makassar.
- A. M. Mandra. 1988. *Berbagai Kajian Masalah Budaya Mandar dan Agama Islam*, Yayasan Saq-Adawang: Sendana Majene.
- Badriyah Harun. 2010. *Panduan Praktis Pembagian Waris*, Pustaka Yustisia: Yogyakarta.
- Hasbi, 2002, *Penghalang Kewarisan di Kabupaten Polmas*. (Tesis). Program Pascasarjana. Universitas Muslim Indonesia. Makassar.
- Ibrahim Abbas. 1999. *Pendekatan Budaya Mandar*, UD. Hijrah Grafika, Makassar.
- Mohammad Daud Ali. 1990. *Islam dan Peradilan Agama, Keberlakuan dan Keberadaannya di Indonesia*. Pustaka Antara: Jakarta.
- _____. 2007. *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*. PT. Rajagrafindo. hlm. 21.
- M. Arfin Hamid. 2008. *Hukum Islam Prespektif Keindonesiaan: Sebuah Pengantar dalam Memahami Realitas Hukum Islam di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
- Nur Azizah Syahril. 1998. *Nilai-Nilai Budaya Dalam Sastra Lisan Mandar*. Balai Penelitian Bahasa: Ujung pandang.
- Suffran Sabrie. 2000. *Peradilan Agama di Indonesia, Sejarah Perkembangan Lembaga dan Proses Pembentukan Undang-Undanganya*. Departemen Agama: Jakarta.

Zainuddin Ali. 2006. *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika

Sumber lainnya:

Arifuddin Ismail. 1996. *Lipas Bagi Orang Mandar*. Makalah. Majene.

Anonym. *Hapusnya Hak Menerima warisan Dalam Hukum Perdata (BW) dan Dalam Hukum Islam*, www.yahoo.com. Diakses Tanggal 25 Februari 2011.

RISALAH RAPAT UMUM PEMEGANG SAHAM PERSEROAN TERBATAS DALAM PERSPEKTIF *CYBER* NOTARY

Oleh:

Rakhmat Mushawwir Rasyidi
Fakultas Hukum Universitas Udayana

Abstract: *Agenda of SGM which is not related to the change of the statutes, in which the minutes do not have to be writtn in the autentik notarial document, so the minutes of SGM of the limited liability carried out through the electronic media are legitimate. On the other hand, the minutes SGM of the limited liability which are carried out throughthe electronic media are not legitimate if the meeting agenda is related to the changes of the statutes because the agenda should be have not confessed the signing of the notarial document through the electronic media, and the Acts concerning the Electronic Information and Transaction limit it, so that it result in the stipulation concerning SGM through the electronic media as regulated in the Acts concerning limited liability applicable.*

Keywords: *Cyber Notary, Minutes of the AGM*

Abstrak: *Agenda RUPS yang tidak terkait dengan perubahan anggaran dasar, dan risalahnya tidak harus dituangkan ke dalam akta otentik, maka Risalah RUPS PT yang diselenggarakan melalui media elektronik tersebut adalah sah. Sebaliknya, risalah RUPS PT yang dilakukan melalui media elektronik tidak sah, apabila agenda rapat terkait dengan perubahan anggaran dasar, karena agenda tersebut harus dituangkan ke dalam akta notaris karena UUJN belum mengakui penandatanganan akta notaris melalui media elektronik, dan UU ITE membatasinya, sehingga mengakibatkan ketentuan mengenai RUPS melalui media elektronik sebagaimana diatur dalam UUPT berlaku terbatas.*

Kata Kunci: *Cyber Notary, Risalah RUPS*

PENDAHULUAN

Perkembangan teknologi memberikan banyak kontribusi terhadap perkembangan hukum baik dari segi pembangunan hukum maupun dari segi penerapan hukum. Perkembangan dan kemajuan teknologi informasi yang demikian pesat telah menyebabkan perubahan kegiatan dalam berbagai bidang yang secara langsung telah mempengaruhi lahirnya bentuk-bentuk perbuatan hukum baru.

Pemerintah perlu mendukung pengembangan teknologi informasi melalui infrastruktur hukum dan pengaturannya sehingga pemanfaatan teknologi informasi dilakukan secara aman untuk mencegah penyalahgunaannya dengan memperhatikan nilai-nilai agama dan sosial budaya masyarakat Indonesia.

Salah satu bentuk dukungan yang dilakukan pemerintah dalam hal pengembangan teknologi informasi adalah dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun

2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE), yang mengakui eksistensi penandatanganan elektronik. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 11 ayat (1) UU ITE yang menentukan bahwa:

Tanda Tangan Elektronik memiliki kekuatan hukum dan akibat hukum yang sah selama memenuhi persyaratan sebagai berikut:

- a. Data pembuatan Tanda Tangan Elektronik terkait hanya kepada Penanda Tangan;
- b. Data pembuatan Tanda Tangan Elektronik pada saat proses penandatanganan elektronik hanya berada dalam kuasa Penanda Tangan;
- c. Segala perubahan terhadap Tanda Tangan Elektronik yang terjadi setelah waktu penandatanganan dapat diketahui;
- d. Segala perubahan terhadap Informasi Elektronik yang terkait dengan Tanda Tangan Elektronik tersebut setelah waktu penandatanganan dapat diketahui;
- e. Terdapat cara tertentu yang dipakai untuk mengidentifikasi siapa Penandatanggannya; dan
- f. Terdapat cara tertentu untuk menunjukkan bahwa Penanda Tangan telah memberikan persetujuan terhadap Informasi Elektronik yang terkait.

Tentunya hal ini akan memicu timbulnya perbuatan-perbuatan hukum baru, Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UUPT), menampung aspirasi dan mengakomodasi perkembangan teknologi informasi dengan diterimanya *teleconference* dan *video conference* yang terdapat pada Pasal 77 UUPT yang menentukan bahwa:

Penyelenggaraan RUPS dapat dilakukan melalui media *telekonferensi*, video konferensi, atau sarana media elektronik lainnya yang memungkinkan semua peserta RUPS melihat dan mendengar serta secara langsung berpartisipasi dalam rapat.

Selain itu, Pasal 77 ayat (4) mengharuskan setiap penyelenggaraan RUPS sebagaimana disebut dalam Pasal 77 ayat (1) dibuatkan risalah rapat yang disetujui dan ditandatangani oleh semua peserta RUPS. Berarti di sini ada dokumen elektronik yang dihasilkan dari RUPS tersebut.

Perkembangan tersebut tentu akan membawa perubahan terhadap pelaksanaan tugas dan kewenangan Notaris selaku pejabat umum yang berwenang membuat akta otentik, bergeser dari sistem konvensional dengan cara berhadapan atau tatap muka langsung, bergeser menuju *Cyber Notary* dengan berbasis pada sistem elektronik yang berada dalam ruang maya. Menjadi persoalan kemudian adalah, apakah undang-undang jabatan notaris dalam hal ini Undang-undang Nomor 30 tahun 2004 tentang jabatan notaris (untuk selanjutnya akan disebut UUJN) sudah sejalan dengan perkembangan tersebut?

Pasal 1 angka (7) UUJN, menentukan bahwa:

Akta autentik adalah akta yang dibuat oleh atau dihadapan Notaris menurut bentuk dan tata cara yang ditetapkan dalam Undang-Undang ini.

Sedangkan pengertian akta otentik berdasarkan Pasal 1868 KUH Perdata menyebutkan bahwa:

Suatu akta yang bentuknya ditentukan oleh Undang-Undang, dibuat oleh atau di hadapan pegawai-pegawai umum yang berkuasa untuk itu di tempat di mana akta tersebut dibuat.

Aturan yang terdapat pada Pasal 77 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas tersebut di atas tidak bersinergi dengan Pasal 1 angka (7) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.

Berdasarkan pemaparan di atas, terjadi ketidaksinergian antara beberapa ketentuan, sehingga dalam mekanisme pembuatan risalah RUPS melalui media telekonferensi, yang akan diselenggarakan oleh para pihak berkepentingan bukanlah menjadi hal yang mudah untuk dilaksanakan atau menjadi tidak optimal, belum lagi ketidakamanan akan orisinalitas dokumen dari gangguan pihak yang tidak bertanggung jawab sebagaimana disebutkan di atas.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Keabsahan dari Risalah RUPS Perseroan terbatas yang dilakukan melalui Media Telekonferensi

Setiap penyelenggaraan Rapat Umum Pemegang Saham Perseroan Terbatas, baik itu RUPS tahunan maupun RUPS lainnya, wajib dibuatkan risalah, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 90 ayat (1) UUPT. Risalah yang dimaksud dalam Pasal tersebut dapat berupa akta otentik, dapat pula berupa akta di bawah tangan. Risalah yang bentuknya harus dituangkan ke dalam akta otentik bergantung pada agenda rapat.

Pasal 21 ayat (4) UUPT menentukan bahwa perubahan anggaran dasar sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan ayat (3) dimuat atau dinyatakan dalam akta notaris dalam bahasa Indonesia.

Dapat dilihat, agenda RUPS yang terkait dengan perubahan anggaran dasar perseroan, berdasarkan Pasal 21 ayat (4) Risalah dari rapat tersebut harus dituangkan ke dalam akta otentik, baik itu berupa akta Berita Acara Rapat Umum Pemegang Saham, maupun berupa Akta Pernyataan Keputusan Rapat, sedangkan agenda rapat yang tidak terkait dengan perubahan anggaran dasar, maka risalahnya tidak harus dituangkan ke dalam akta otentik.

Agenda yang tidak harus di tuangkan ke dalam akta otentik terkait dengan laporan tahunan perusahaan. yang mana agenda-agenda tersebut tidak harus diberitahukan atau disetujui oleh menteri.

Risalah yang dimaksud dapat berupa risalah konvensional dan dapat juga berupa risalah elektronik. Hal ini dapat dilihat dengan diberlakukannya ketentuan Pasal 77 ayat (1)

UUPT yang menentukan bahwa

Selain penyelenggaraan RUPS sebagaimana dimaksud dalam Pasal 76, RUPS dapat juga dilakukan melalui media telekonferensi, video konferensi, atau sarana media elektronik lainnya yang memungkinkan semua peserta RUPS saling melihat dan mendengar secara langsung serta berpartisipasi dalam rapat.

Mengacu pada Pasal tersebut di atas, dapat dilihat bahwa harus ada upaya dan jaminan untuk memastikan bahwa peserta RUPS saling melihat, saling mendengar dan berpartisipasi antara satu dengan peserta RUPS lainnya selama berlangsungnya rapat, dan yang dilihat itu bukan rekaman.

Selain itu, peserta RUPS juga harus memerhatikan ketentuan Pasal 76 ayat (3), bahwa “RUPS harus diselenggarakan di wilayah Negara Republik Indonesia,” yang mana menurut peneliti hal ini diharuskan adanya bukti yang menjamin bahwa peserta RUPS benar-benar berada di wilayah Negara Republik Indonesia.

Hasil dari keputusan RUPS harus dibuatkan Risalah berdasarkan Pasal 77 ayat (4):

Setiap penyelenggaraan RUPS sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dibuatkan risalah rapat yang disetujui dan ditandatangani oleh semua peserta RUPS.

Penjelasan Pasal 77 ayat (4) UUPT menyebutkan, “yang dimaksud dengan disetujui dan ditandatangani adalah disetujui dan ditandatangani secara fisik atau secara elektronik

Sehubungan dengan hal ini peneliti berpendapat, bahwa ketentuan UUPT telah mengantisipasi kemungkinan kesulitan yang timbul tatkala penandatanganan mutlak dilakukan secara fisik, disebabkan ketika rapat yang diselenggarakan melalui media elektronik, yang mana para pemegang saham tidak berada dalam satu tempat, maka tentunya risalah atas RUPS melalui media elektronik, yang penandatanganannya dilakukan secara fisik akan sangat sulit ditandatangani oleh semua peserta RUPS pada saat itu juga, sedangkan ketentuan Pasal 16 ayat (1) huruf l UUJN mengharuskan ditandatanganinya akta pada saat itu juga.

Maka dari itu, peneliti berpandangan bahwa penandatanganan yang dimaksud dalam Pasal 77 ayat (4) UUPT memberikan kemungkinan dilakukan secara elektronik, sebab terdapat kemungkinan penandatanganan secara fisik tersebut sulit dilakukan oleh semua peserta rapat, sedangkan Pasal 77 ayat (4) mengharuskan semua peserta RUPS menyetujui dan menandatangani risalah RUPS yang dimaksud.

Dalam hal penandatanganan untuk akta otentik, peraturan yang harus dijadikan acuan adalah UUJN. Pasal 16 ayat (1) huruf l UUJN menentukan bahwa

Membacakan akta di hadapan penghadap dengan dihadiri oleh paling sedikit 2 (dua) orang saksi dan ditandatangani pada saat itu juga oleh penghadap, saksi, dan Notaris.

Dalam penjelasan Pasal tersebut ditegaskan bahwa :

Notaris harus hadir secara fisik dan menandatangani akta di hadapan penghadap dan saksi.

Ketentuan *lex specialis* mengenai penandatanganan akta otentik sangat nampak penegasannya pada penjelasan Pasal tersebut, yang mana dibutuhkan kehadiran secara fisik notaris dalam hal membacakan akta di hadapan penghadap dengan dihadiri oleh paling sedikit 2 (dua) orang saksi, dan waktu penandatanganan akta terlihat dalam kalimat “pada saat itu juga” yang mana kalimat tersebut menunjukkan waktu yang bersamaan dengan pembacaan akta yang dilakukan secara fisik. Sehingga dapat dilihat bahwa substansi dalam ketentuan pada Pasal tersebut belum mengakui keberadaan *digital signature*.

Sehingga peneliti menyimpulkan secara keseluruhan mengenai keabsahan risalah RUPS melalui media elektronik tidak sah apabila agenda RUPS terkait dengan perubahan anggaran dasar yang mana agenda tersebut harus dituangkan ke dalam akta otentik, karena UUN sebagai “*lex specialis*” dari akta Notaris belum mengakui penandatanganan elektronik. Sebaliknya, risalah RUPS melalui media elektronik sah apabila agenda RUPS tidak terkait dengan perubahan anggaran dasar, yang mana agenda tersebut tidak harus dituangkan ke dalam akta otentik dan penandatanganannya dianggap sah. Dengan kata lain, implementasi dari teori kepastian hukum belum sepenuhnya terwujud. Begitu pun juga dengan implementasi teori *utilitas* pada pelaksanaan risalah RUPS melalui media elektronik yang memberikan manfaat kepada seluruh pemegang saham karena dengan media tersebut pelaksanaan RUPS menjadi mudah.

Kedudukan Kekuatan Pembuktian Risalah Rapat Umum Pemegang Saham melalui Media Elektronik

Pasal 5 ayat (1) UU ITE, menegaskan:

Informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan/atau hasil cetaknya merupakan alat bukti yang sah.

Pasal 5 ayat (2)

Informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan/atau hasil cetaknya merupakan perluasan dari alat bukti yang sah sesuai Hukum Acara yang berlaku di Indonesia.

Namun dengan demikian, tidak sembarang informasi elektronik/dokumen elektronik dapat dijadikan alat bukti yang sah. Hal tersebut sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 16 ayat (1) UU ITE, yang menyatakan:

Sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang tersendiri, setiap Penyelenggara Sistem Elektronik wajib mengoperasikan Sistem Elektronik yang memenuhi persyaratan minimum sebagai berikut :

- a. Dapat menampilkan kembali Informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik secara utuh sesuai dengan masa retensi yang ditetapkan dengan peraturan perundang-

- undangan;
- b. Dapat melindungi ketersediaan, keutuhan, keotentikan, kerahasiaan, dan keteraksesan Informasi Elektronik tersebut;
- c. Dapat beroperasi sesuai prosedur atau petunjuk dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut; dan
- d. Memiliki mekanisme yang berkelanjutan untuk menjaga kebaruan, kejelasan, dan keberanggungan prosedur atau petunjuk.

Pihak yang mengajukan informasi tersebut harus dapat membuktikan bahwa telah dilakukan upaya yang patut untuk memastikan bahwa suatu sistem elektronik telah dapat melindungi ketersediaan, keutuhan, keotentikan, kerahasiaan, dan keteraksesan informasi elektronik tersebut.

Pasal 5 ayat (4) UU ITE, menentukan:

Bahwa ketentuan mengenai Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagai alat bukti yang sah tidak berlaku untuk:

- a. Surat yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk tertulis; dan
- b. Surat beserta dokumennya yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk akta notariil atau akta yang dibuat oleh pejabat pembuat akta.

Penafsiran ketentuan tersebut menurut Surya Jaya (seminar *Cyber Notary* tanggal 25 Juni 2011, hotel Mercure, Makassar) mengandung arti bahwa alat bukti elektronik dalam bentuk Dokumen Elektronik tidak berlaku dan tidak dapat dipersamakan dengan suatu akta otentik/akta notariil yang bentuknya tertulis dan mempunyai minuta akta (asli akta notaris).

Menurut pandangan peneliti, keberlakuan pasal di atas mengakibatkan segala ketentuan lain yang terkait dengan RUPS melalui media elektronik menjadi berlaku terbatas, yakni Pasal 77 ayat (1) UUPT menekankan RUPS boleh dilakukan melalui media elektronik yang mana RUPS yang dimaksud dalam Pasal tersebut tidak menspesifikkan agenda-agenda RUPS apa saja yang boleh dilakukan melalui media elektronik, padahal ada agenda tertentu yang hasilnya harus dituangkan ke dalam akta otentik, yang mana pada Pasal 5 ayat (4) huruf b menentukan surat beserta dokumen yang menurut undang-undang harus dalam bentuk akta notaris tidak boleh berbentuk dokumen elektronik. artinya dokumen/informasi elektronik bukan merupakan alat bukti yang sah sepanjang peruntukannya itu berkaitan surat beserta dokumen yang menurut undang-undang harus dalam bentuk akta notaris.

PENUTUP

Kesimpulan

Berdasarkan uraian pembahasan di atas, maka penulis menarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Agenda RUPS yang tidak terkait dengan perubahan anggaran dasar, yang mana risalahnya tidak harus dituangkan ke dalam akta otentik, maka Risalah RUPS Perseroan

terbatas yang diselenggarakan melalui media elektronik tersebut adalah sah adanya selama memenuhi syarat-syarat yang diatur dalam UUPT dan penandatanganannya sesuai dengan yang ditentukan dalam UU ITE. Sebaliknya, Risalah RUPS Perseroan Terbatas yang dilakukan melalui media elektronik tidak sah, apabila agenda rapat terkait dengan perubahan anggaran dasar, karena agenda tersebut harus dituangkan ke dalam akta notaris yang mana UUJN belum mengakui penandatanganan akta notaris melalui media elektronik, dan UU ITE membatasinya, sehingga mengakibatkan ketentuan mengenai RUPS melalui media elektronik sebagaimana diatur dalam UUPT berlaku terbatas.

2. Kedudukan kekuatan pembuktian risalah RUPS yang dibuat melalui media elektronik tidak dapat disetarakan dengan akta otentik. Karena selain UU ITE membatasi hal itu, UUJN juga belum mengakui *digital signature*, sehingga kekuatan pembuktian risalah yang dilakukan melalui media elektronik hanya sama dengan akta di bawah tangan yang kekuatannya hanya sempurna apabila tidak ada pihak yang menyangkal kebenarannya.

Saran

Berdasarkan kesimpulan di atas, untuk mengimplikasikan konsep *cyber notary* di Indonesia, khususnya dalam kaitannya dengan penyelenggaraan risalah RUPS Perseroan Terbatas, maka peneliti menyarankan beberapa hal sebagai berikut:

1. Terhadap pihak legislatif, diharapkan:
 - a. Merevisi Pasal 16 ayat (1) huruf l UUJN sehingga substansi ketentuannya menjadi pembacaan dan penandatanganan akta tidak harus dilakukan secara fisik atau konvensional.
 - b. Mempertegas/memperluas makna kata oleh/di hadapan yang tertuang dalam Pasal 1 angka (7) UUJN.
2. Terhadap perusahaan, diharapkan:

Mengoptimalkan pemanfaatan media elektronik dalam penyelenggaraan RUPS media elektronik yang agendanya tidak terkait dengan perubahan anggaran dasar yang mana perubahan itu tidak perlu dituangkan ke dalam akta otentik.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Ghofur Anshori. 2009. *Lembaga Kenotariatan Indonesia, Perspektif Hukum dan Etika*. Yogyakarta: UII Press.
- Ahmad M. Ramli, dkk. 2007. *Menuju Kepastian Hukum di Bidang: Informasi dan Transaksi Elektronik*. Departemen Komunikasi dan Informatika Republik Indonesia.
- Ahmadi Miru. 2010. *Hukum kontrak dan Perancangan Kontrak*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Asri Sitompul. 2004. *Hukum Internet (Pengenalan Mengenai Masalah Hukum di Cyberspace)*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Assafa Endeshaw. 2007. *Hukum E-Commerce dan Internet*. Yogyakarta: Pustaka Pelayar
- Ridwan Khairandy. 2009. *Perseroan Terbatas, Doktrin, Peraturan Perundang- undangan dan jurisprudensi*. Yogyakarta. Total Media.
- Yahya Harahap. M. 2004. *Hukum Acara Perdata*. Jakarta. Sinar Grafika.
- _____. 2009. *Hukum Perseroan Terbatas*, Jakarta. Sinar Grafika.

Sumber lainnya:

- Surya Jaya.seminar Cyber Notary tanggal 25 Juni 2011, hotel Mercure, Makassar.
- Ahmadi Miru. Seminar hukum cyber notary,25 juni 2011,hotel Mercure, Makassar
- Seminar pembakalan dan penyegaran pengetahuan Ikatan Notaris Indonesia. 18 Juni 2011. di Grand Hotel Clarion. Makassar.

BIODATA PENULIS

Hijrah Adhyanti, S.H., M.H

Dosen pada Bagian Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.

E-mail: *hijrah.adhyanti@yahoo.com*

Dr. Sudiarto, S.H., M.Hum

Dosen Fakultas Hukum Universitas Mataram. Alamat: Jalan Majapahit No. 62 Mataram, 83125, Nusa Tenggara Barat.

E-mail: *sudiartomataram@ymail.com*

Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H. M.Hum

Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Alamat: Jalan Perintis Kemerdekaan Km. 10, Tamalanrea, 90245, Makassar.

E-mail: *patittingi@yahoo.co.id*

A. Muhammad Fajar Akbar, S.H

Lembaga Bantuan Hukum Makassar. Mahasiswa Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin. Alamat: Jalan Pelita Raya VI Blok A.34 No. 9, 90222, Makasar.

E-mail: *fajarmerah.lbhmks@gmail.com*

Rajab Lestaluhu, S.H., M.H

Dosen Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sorong. Alamat: Jalan Pendidikan No. 27 Malaingkei, Sorong, Papua Barat.

Sukardi, S.H., M.H

Mahasiswa Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin. Anggota Kepolisian Republik Indonesia Daerah Sulawesi Selatan.

E-mail: *cardilia_mks73@yahoo.com*

Mushawwir Arsyad, S.H

Mahasiswa Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin.

E-mail: *shawirarsyad@rocketmail.com*

Ika Novitasari, S.H

Mahasiswa Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin.

E-mail: *ika_novieta@yahoo.com*

Rakhmat Mushawwir Rasyidi, S.H., M.Kn

Fakultas Hukum Universitas Udayana. Jalan Kampus Bukit Jimbaran Badung, Bali.

HUBUNGAN INDONESIA DENGAN
PRINSIP *NON REFOULEMENT* DALAM
PERSPEKTIF HUKUM
INTERNASIONAL
Kadarudin

MEKANISME PEMBERHENTIAN
PRESIDEN (*IMPEACHMENT*) DAN
KRITIK SUBTANSI PENGATURANNYA
DI INDONESIA
M. Ilham Hermawan & Dian Purwaningrum

EFEKTIVITAS PENEGAKAN HUKUM
TERHADAP HAK CIPTA PADA
CYBERSPACE
Andi Kurniawati

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF
TERHADAP HUBUNGAN KEWENANGAN
ANTAR PEMERINTAHAN PUSAT
DAN DAERAH
Patawari

STRATEGI PEMBERANTASAN
KORUPSI DI INDONESIA
Adensi Timomor

KEWENANGAN WAKIL PRESIDEN
DALAM SISTEM KETATANEGARAAN
REPUBLIK INDONESIA
Andi Muhammad Irfan

KASUS MANOHARA ODELIA PINOT
DALAM PERSPEKTIF HUKUM
PIDANA INTERNASIONAL
Erni Dwita Silambi

PERKAWINAN DI BAWAH TANGAN
MENURUT HUKUM PERKAWINAN
INDONESIA
Rakhmat Hidayat

JURNAL ILMU HUKUM amanna gappa

**Amanna Gappa adalah
nama kitab hukum
terkenal yang disusun
Matoa (pemimpin)
Wajo bernama Amanna
Gappa tahun 1679
berisikan hukum laut,
pelayaran dan hukum
perdata sebagai
pedoman dikawasan
nusantara.**



Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin